



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**RICARDO ARAÚJO BORGES**

**DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO  
INSTITUTO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÕES PARA  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PRESTADOS  
POR PROFISSIONAIS NOTORIAMENTE ESPECIALIZADOS**

**BRASÍLIA**

**2014**

**RICARDO ARAÚJO BORGES**

**DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO  
INSTITUTO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÕES PARA  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PRESTADOS  
POR PROFISSIONAIS NOTORIAMENTE ESPECIALIZADOS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida  
Barbosa

**BRASÍLIA**

**2014**

**RICARDO ARAÚJO BORGES**

**DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO  
INSTITUTO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÕES PARA  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PRESTADOS  
POR PROFISSIONAIS NOTORIAMENTE ESPECIALIZADOS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida  
Barbosa

Brasília, de de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Salomão Almeida Barbosa, MSc.

---

---

Aos meus pais de sangue e coração, Dalila e Silvio, por todo amor, investimento, apoio e confiança.

Aos meus pais de coração, Andréa e Marcelo, pelo também incondicional amparo.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela vida.

A toda minha família, participante na alegria de concluir este curso de graduação.

À minha namorada, Larissa, pelo amor, aconchego e pela serenidade a mim proporcionados ao longo de todo este trabalho.

Aos meus amigos do peito, insubstituíveis.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, por todas as contribuições prestadas.

“A corrupção, quase endêmica, especialmente no Brasil, senão em toda a América Latina, é fato que não pode ser relegado ao segundo plano. E, diga-se de passagem, entre todas as matérias insertas no Direito Administrativo, a referente aos contratos administrativos é a mais suscetível à corrupção, pois nela a Administração é compelida a interagir consensualmente com terceiros, cuja vontade é elemento inarredável para a formação do vínculo e, até mesmo, para a disposição das obrigações a serem criadas. Ademais, os contratos administrativos redundam, usualmente, na transferência de vultoso montante pecuniário aos contratados, terceiros que são estranhos à Administração. Portanto, os contratos se entremostam como o meio mais eficaz de, através de perversões e desvirtuamentos, transferir ilicitamente dinheiro da esfera pública para a privada.

[...]

É intuitivo que a celebração de contratos administrativos requer o cumprimento de formalidades, para impedir que agentes administrativos recebam benefícios pessoais em detrimento da coisa pública, para tratar os membros da Sociedade com igualdade, como requer o caput do artigo 5º da Constituição Federal, e para criar obstáculos à corrupção, assegurando a moralidade.”

Joel de Menezes Niebuhr

(Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14)

## **RESUMO**

A presente monografia tem por objetivo demonstrar a inconstitucionalidade material do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação direta de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados, o qual se encontra previsto no art. 25, inciso II, da Lei nº8.666/93. Para tanto, faz-se uma análise dos princípios norteadores da licitação – todos de cunho constitucional –, procede-se por meio de uma breve apreciação da adequada e constitucional interpretação que deve ser dada a todos os válidos regramentos em nosso Estado Constitucional de Direito e, por fim, conclui-se com a refutação dos argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência para justificar a validade jurídica da inexigibilidade de licitação para serviços técnicos profissionais especializados.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Constitucional. Licitação. Inexigibilidade de licitação.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 LICITAÇÃO.....</b>	<b>17</b>
<i>1.1 Princípios norteadores da licitação.....</i>	<i>17</i>
<i>1.1.1 Isonomia / Igualdade.....</i>	<i>19</i>
<i>1.1.2 Macroprincípio da indisponibilidade do interesse público.....</i>	<i>22</i>
<i>1.1.2.1 Seleção da proposta mais vantajosa.....</i>	<i>22</i>
<i>1.1.2.2 Economicidade.....</i>	<i>23</i>
<i>1.1.3 Moralidade / Probidade.....</i>	<i>24</i>
<i>1.1.4 Publicidade.....</i>	<i>25</i>
<i>1.1.5 Vinculação ao Instrumento Convocatório / Legalidade.....</i>	<i>26</i>
<i>1.1.6 Julgamento objetivo / Impessoalidade.....</i>	<i>28</i>
<i>1.2 Hipóteses de prescindibilidade da licitação e definição de serviços técnicos.....</i>	<i>29</i>
<i>1.2.1 Dispensa e Inexigibilidade de licitação.....</i>	<i>29</i>
<i>1.2.2 Definição dos serviços técnicos profissionais especializados.....</i>	<i>31</i>
<b>2 CONSTITUCIONALIDADE DA MATÉRIA.....</b>	<b>35</b>
<i>2.1 Natureza jurídica do art. 21, inciso XXI da Constituição Federal: obrigatoriedade de licitação.....</i>	<i>35</i>
<i>2.2 Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade.....</i>	<i>38</i>
<b>3 DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO, À CONSTITUIÇÃO, DO INSTITUTO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A</b>	



<b>CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS.....</b>	<b>42</b>
<i>3.1 Natureza singular do serviço prestado que enseja a impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos: forjada ausência de competição.....</i>	<i>42</i>
<i>3.2 Utilização da confiança como critério definidor da contratação direta.....</i>	<i>48</i>
<i>3.2.1 Impessoalidade do órgão componente da Administração Pública.....</i>	<i>48</i>
<i>3.2.2 Afronta à segurança jurídica.....</i>	<i>50</i>
<i>3.3 Impossibilidade de se prever a priori pela inocorrência de competição e o conseguinte resultado de lesão ao princípio da vantajosidade.....</i>	<i>52</i>
<i>3.4 Ausência de oferta laboral dos notórios especialistas às demandas da Administração.....</i>	<i>55</i>
<i>3.5 Projeto de Lei nº 59/1992 da Câmara dos Deputados – objeções à contratação direta para serviços técnicos de notória especialização.....</i>	<i>57</i>
<i>3.6 Análise jurisprudencial.....</i>	<i>60</i>
<i>3.6.1 Considerações acerca da Súmula 39/2011 do Tribunal de Contas da União.....</i>	<i>60</i>
<i>3.6.2 Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....</i>	<i>62</i>
<i>3.6.3 Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....</i>	<i>73</i>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>86</b>
<b>ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 59/1992 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.....</b>	<b>89</b>

## INTRODUÇÃO

A Administração Pública, em que pese ser capaz de executar inúmeras atividades de sua incumbência apenas se utilizando das pessoas que compõem seu aparato estatal, não é autossuficiente<sup>1</sup>. Assim, para a eficaz consecução do seu múnus público, necessita filiar-se consensualmente com terceiros, aptos a suprirem esta carência da máquina pública.

Para tanto, ela o faz por meio do contrato administrativo<sup>2</sup>, o qual deve ser submetido a diversas formalidades legais. Este necessário trâmite formal utilizado para formalizar os contratos administrativos denomina-se licitação. Como explica Joel de Menezes Niebuhr:

“A rigor, a licitação pública e o contrato administrativo visam à satisfação concreta do interesse público, porque eles não passam do meio para atingir tal desiderato. A administração Pública não licita nem contrata por gracejo, mas porque precisa satisfazer concretamente ao interesse público.”<sup>3</sup>

Antes de continuar, um parêntesis: a exigibilidade de licitação nos contratos firmados entre a Administração Pública e terceiros somente se faz necessária quando houver exclusão de outros particulares que igualmente poderiam prestar os serviços que compõem o objeto do contrato então firmado. Portanto, se não houver exclusão, não há necessidade de procedimento licitatório, uma vez que haverá “inviabilidade de competição por contratação de todos”<sup>4</sup>. Nesse caso, proceder-se-á ao credenciamento de todos os particulares que desejarem contratar com o ente público, conforme bem explica Marçal<sup>5</sup>:

“Por isso, não haverá necessidade de licitação quando for viável um número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verificará especialmente quando uma alternativa de contratar não for excludente de

---

<sup>1</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 36.

<sup>2</sup> Mais especificamente, contrato administrativo de direito privado, conforme denomina Marçal em: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 806.

<sup>3</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 36.

<sup>4</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 540.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 48.

outras, de molde a que a Administração disponha de condições de promover contratações similares com todos os particulares que preencherem os requisitos necessários. Sempre que a contratação não caracterizar uma ‘escolha’ ou ‘preferência’ da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.”

No entanto, a praxe revela que a regra consiste na necessária exclusão de outro particular nas avenças entre Administração Pública e particulares. Licitação, tecnicamente, é o instrumento jurídico por meio do qual a Administração Pública torna-se viabilizada de contratar com particulares para a consecução de atividades que as próprias pessoas que formam a máquina pública (ocupantes de cargo, emprego ou função pública) não têm expertise – ou material humano suficiente – para realizá-las.

A utilização do procedimento licitatório é obrigatória. Sua exigência reside no fato de somente por meio da licitação se ter o respeito aos diversos princípios norteadores da Administração Pública e, assim, “impedir que agentes administrativos recebam benefícios pessoais em detrimento da coisa pública”<sup>6</sup>, criando “obstáculos à corrupção, [e] assegurando a moralidade.”<sup>7</sup>.

A previsão legal da licitação encontra-se tanto na Constituição Federal de 1988<sup>8</sup>, quanto na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>9</sup>, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Existem, todavia, situações nas quais o procedimento licitatório é prescindível – seja por dispensa ou por inexigibilidade (modalidades específicas de desobrigação da licitação). Haverá a contratação direta – sem licitação – quando o interesse público for “potencialmente sacrificado ou prejudicado”<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14.

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>10</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 16.

Uma dessas hipóteses, objeto do presente estudo, está prevista no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93<sup>11</sup>: trata-se da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização.

Ocorre que a realidade prática<sup>12</sup> tem demonstrado um contexto indecoroso: a depravação do instituto da inexigibilidade de licitação<sup>13</sup>, previsto no dispositivo legal em comento, com vistas a privilegiar determinadas pessoas ou empresas, prática esta vedada pelo ordenamento jurídico e por todos os princípios que compõem o instituto da licitação.

A razão para assim se proceder não é obscura. Joel de Menezes Niebuhr é claro ao explicar o porquê:

“Os contratos administrativos produzem consideráveis benefícios econômicos aos contratados, o que atrai a atenção de corruptos e corruptores, cujos propósitos visam auferir vantagens pessoais em detrimento da coletividade, para o que se valem dos mais sórdidos expedientes. O resultado disso implica celebração de contratos direcionados, sem competitividade, flagrantemente desvantajosos para a Administração Pública, na medida em que são mais onerosos do que os praticados entre os entes privados, em que, frequentemente, envolvem objetos de qualidade duvidosa.”<sup>14</sup>

Nesse contexto, o que se vê é o ajuizamento de inúmeras ações civis públicas de improbidade administrativa pelo Ministério Público, detentor exclusivo dessa prerrogativa (art. 129, inciso III, da Constituição Federal<sup>15</sup>), porém que em diversas situações, por inúmeros motivos, não tem seu objetivo alcançado. Dentre essas causas, citamos duas: . i) a letargia do processo judicial; e ii) a enorme demanda, desproporcional à capacidade laboral do órgão, que predispõe o insucesso processual.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>12</sup> A despesa do Poder Executivo com contratos firmados com base na contratação direta por inexigibilidade de licitação entre os anos de 2003 a 2008 girou em torno de dois a cinco bilhões de reais. Conferir em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 173.

<sup>13</sup> A título exemplificativo: “A Prefeitura contratou hotel para evento relativo a cultura de candomblé com base no art. 25, *caput*, alegando localização do hotel no centro da cidade, com fácil acesso a transporte coletivo e próximo a vários terreiros de candomblé. TCU julgou irregular. Processo TC – nº 250.070/97-9, TCU. Ministro Relator: Marcos Vinicius Vilaça, publicado no DOU de 03.08.98, seção 1, p. 98 a 101”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 552-553.

<sup>14</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14.

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

A propósito, entenda-se por “objetivo alcançado” a devida punição dos agentes infratores e o ressarcimento ao erário de todo o prejuízo anteriormente causado.

Ocorre, todavia, que, diante das adversidades supramencionadas, por diversas vezes há a prescrição dos crimes cometidos e, conseqüentemente, a disseminação da impunidade.

Em que pese o ressarcimento ao erário ser imprescritível (§ 5º do art. 37 da Constituição<sup>16</sup>), a sensação de impunidade impulsiona ainda mais os gestores de má-fé que, motivados, continuam perpetrando atos ímprobos e, conseqüentemente, aumentando o número das demandas judiciais (mesmo que não seja na mesma proporção). Assim, o problema torna-se ainda mais grave, e de crescimento exponencial.

Nesse sentido, é cada vez maior o lapso entre a demanda judicial e o ato ilícito perpetrado, e, portanto, cada vez maior o número de crimes prescritos. Ademais, em muitas ocasiões a execução civil para ressarcimento ao erário revela-se infrutífera – é o famoso “ganha, mas não leva”.

Ademais, de se sopesar que o Ministério Público é instituição indispensável na democracia brasileira e possui inúmeras prerrogativas: quanto mais o maquinário é destinado às referidas ações de ressarcimento, mais outros problemas deixam de ser resolvidos.

Aliado ao problema prático, o instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização revela verdadeira dissonância com a teoria doutrinária e, mormente, com o mandamento norteador do ordenamento jurídico brasileiro: a Constituição<sup>17</sup>.

Inicialmente porque o termo *inexigibilidade* tecnicamente consiste na ausência de competição e, por tal razão, justificaria a inexigibilidade da licitação, uma vez que não existe licitação sem competição.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>17</sup> Ibidem.

Contudo, dado o alto grau de subjetivismo inerente da própria concepção dessa hipótese de inexigibilidade de licitação, é impossível o gestor público pressupor ausência de licitação.

Aqui, oportunamente, cabe um exemplo esdrúxulo, porém didático: imagine-se que a Administração Pública queira contratar com empresa que fabrique “camisas claras”. Nessa oportunidade, um gestor público mal intencionado elege a empresa que fabrica “camisas brancas” como excepcional, e a contrata em virtude de sua “notória especialização”<sup>18</sup>.

Ocorre que existe uma empresa do ramo que fabrica “camisas beges” e, pelo fato de o interesse público ser, tão somente, camisas claras, esta empresa que fabrica camisas beges cumpriria fidedignamente o exigido pela Administração Pública; portanto, estaria apta a contratar com o Poder Público. Nesse sentido, estaria viabilizada a competição – e, por conseguinte, o procedimento licitatório – e restaria afastada a hipótese de contratação direta por inexigibilidade.

No entanto, o instituto ao qual ora se opõe este estudo permitiria a contratação direta, por inexigibilidade, da empresa que fabrica camisas brancas, dentro do mesmo contexto exemplificado, mesmo que nitidamente ineficaz, porquanto haveria a possibilidade de atender ao interesse público com uma despesa menor para o erário. Destarte, inexistem nessas contratações um “equilíbrio entre o montante destinado ao dispêndio e o resultado obtido”<sup>19</sup>. Isto é, o instituto legitima uma situação que, conforme se verá, não atende, verdadeiramente, ao interesse público, além de o ato ser justificado por meio de argumentos sofismáticos.

Aqui convém salientar que nem mesmo se está adentrando ao campo da depravação da função pública – em que pese notadamente se admitir sua ocorrência fática. Assim o sendo, se demonstrada a incompatibilidade entre o instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados e o ordenamento jurídico (mais especificamente, com a Constituição) –

---

<sup>18</sup> Nesse contexto, fácil imaginar um pretexto marqueteiro para a contratação direta: “Ora, a empresa X não fabrica apenas camisas claras, produz camisas brancas – únicas, incomparáveis.”

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 127.

conforme se fará neste trabalho –, chega-se à conclusão de que tal instituto não deve mais produzir efeitos jurídicos<sup>20</sup>, haja vista que “nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido”<sup>21</sup>.

Ademais, se a empresa notoriamente especializada é, realmente, peculiar e única, ela própria seria a vencedora de qualquer procedimento licitatório que viesse a ser realizado. Nesse esteio, mesmo que, *a priori*, clara a excepcionalidade de uma empresa em relação às demais do ramo, desnecessário – e ilegal – abdicar do procedimento licitatório, o qual assegura isonomia e moralidade.

Isto porque – e, diga-se, essa premissa é imprescindível –, deve ser presumido não haver urgência na contratação, visto que se houvesse seria o caso de dispensa de licitação por emergência, hipótese prevista no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93<sup>22</sup>. Portanto, para se cogitar da contratação direta por inexigibilidade de licitação, não se pode justificá-la em razão de sua eventual exiguidade de tempo – admitindo esse pressuposto sem adentrar em seu mérito<sup>23</sup>.

Ocorre que, a respeito deste instituto, bem pondera Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>24</sup>:

“Comumente, violam-se os mais elementares princípios da Constituição Federal, promovendo-se a contratação de notórios profissionais, de amplo renome, olvidando-se que qualquer contratação de obra e serviço deve iniciar-se com a definição do objeto e não do executor ou projetista. Quando os órgãos de controle iniciam a análise pela caracterização do objeto,

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>23</sup> Ora, o procedimento administrativo decorrente da contratação direta pode ocorrer no mesmo lapso temporal do procedimento administrativo decorrente de uma formal licitação pública, a depender das condições de organização da máquina administrativa. A diferença de lapso temporal, por vezes, pode ser apenas aparente: na contratação direta, a fase interna (anterior à publicação) é maior do que na licitação. Por sua vez, na licitação, a fase externa é mais duradoura. Portanto, licitação não é sinônimo de burocracia – em sentido pejorativo –, ao passo que contratação direta não é sinônima de exiguidade, até porque nesta modalidade também há a exigência de procedimentos formais a serem realizados pela Administração Pública, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93. A respeito dessas formalidades, conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 586.

<sup>24</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 604.

percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição.”<sup>25</sup>

Com base nessas diretrizes, o presente trabalho tem por escopo comprovar que o instituto da contratação direta pela Administração Pública por inexigibilidade de licitação por notória especialização é inconstitucional, destoando de toda a lei que rege a licitação, motivo pelo qual deve ser revogado.

---

<sup>25</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 604.



# 1 LICITAÇÃO

## 1.1 Princípios norteadores da Licitação

A Administração Pública, para consecução do seu múnus público, necessita, por diversas vezes, de acordos de vontade com terceiros que exerçam determinada atividade-fim carecida pelo Ente Público, uma vez que este não detém todos os elementos humanos e materiais necessários para a consecução dos direitos que o próprio Estado avocou a prerrogativa de prestá-los<sup>26</sup>.

Para tanto, a autoridade pública se utiliza de uma ferramenta destinada à seleção da melhor proposta dos particulares que manifestarem interesse em realizar esse acordo, método este denominado licitação.

Ou seja, a licitação é o instrumento – entenda-se *processo*, este compreendido em sua acepção técnica, qual seja um “conjunto de atos que mantêm entre si uma obrigatória relação de sucessividade temporal, até a produção de um ato jurídico final”<sup>27</sup> – pelo qual a Administração Pública obrigatoriamente (salvo justificadas exceções) se utiliza para a realização de um contrato administrativo, objetivando, sempre, “obter a solução contratual economicamente mais vantajosa para a Administração”<sup>28</sup>.

Nas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>29</sup>:

“A Licitação é princípio constitucional, vetor da ação da Administração Pública que garante aos administrados-licitantes a possibilidade de, em condições e tratamentos isonômicos, disputarem entre si a participação nas obras, serviços, compras, alienações, concessões, locações e demais negócios que os órgãos e entidades da Administração Pública pretendam efetuar.”

---

<sup>26</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Conceito de Contrato Administrativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-7-AGOSTO-2006-WLADIMIR-ROCHA.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>27</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 107.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 61.

<sup>29</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 699.

Para um acurado aprofundamento desse instituto denominado licitação, imprescindível, portanto, que se verse sobre seus princípios circundantes, afinal, estes são “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência”<sup>30</sup>.

Inicialmente, impende consignar que é do “manancial vocabular da Constituição de 1988 [que] jorra o substantivo ‘licitação’, assim literalmente posto”<sup>31</sup>, a saber: art. 22, inciso XXVII<sup>32</sup> (que versa sobre a competência legislativa privativa da União em legislar sobre normas gerais de licitação e contratação); art. 37, XXI<sup>33</sup> (o qual dispõe acerca da obrigatoriedade da licitação, salvo exceções especificadas na legislação); e, por fim, art. 175, *caput*<sup>34</sup> (que impõe a necessidade de licitação para a prestação dos serviços públicos, diretamente ou por meio de concessão ou permissão).

Diferentemente de outras palavras utilizadas pelo legislador para compor uma norma, “mais do que simples vocábulo ou signo linguístico de que se vale o legislador constituinte para compor, vernaculamente, uma determinada figura de direito, a licitação é, em si mesma, essa individualizada figura de direito”<sup>35</sup>, pois não há qualquer outro significado para licitação, senão o jurídico.

O principal dispositivo constitucional para o deslinde do presente trabalho é o art. 37, especificamente seu inciso XXI, vez que delimita, em seu *caput*, os princípios norteadores de qualquer atividade que venha a ser executada pela Administração Pública, e, quanto ao inciso, o legislador trouxe regras específicas da licitação, curiais para a determinação do termo. Confira-se:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 54.

<sup>31</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 9.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997. p. 9.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”<sup>36</sup>

No plano infraconstitucional, a Lei 8.666/93 procurou disciplinar o definido na Constituição, instituindo normas gerais para vincular todos os entes públicos que se utilizassem da licitação para contratar com particulares. O art. 3º da lei ordinária em comento é claro ao dispor sobre os princípios que norteiam a licitação, aprofundando o conteúdo trazido pela Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”<sup>37</sup>

Acerca da importância do art. 3º da Lei 8.666/93, Marçal assevera que ele “sintetiza o ‘espírito normativo’ da disciplina das licitações contempladas na Lei 8.666”<sup>38</sup>. Segundo ele, o artigo em referência “enumera os valores fundamentais consagrados a propósito das licitações”<sup>39</sup>.

Nesse esteio, por oportuno, analise-se de forma mais acurada tais princípios encartados no artigo em comento.

### 1.1.1 Isonomia / Igualdade

O princípio da igualdade/isonomia é um daqueles princípios previstos para toda a Administração Pública, constante do *caput* do art. 37 da Constituição Federal<sup>40</sup>. No

<sup>36</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>37</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 57.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

âmbito das licitações, possui aplicação tão importante quanto nas demais áreas da Administração Pública, e consagrou-se pelo nome de princípio da isonomia.

Sobre o princípio da isonomia, Marçal bem ponderou que “não seria exagero afirmar que o princípio da isonomia [que visa assegurar um tratamento igualitário aos que se encontram em situações juridicamente iguais] é uma manifestação peculiar do princípio da proporcionalidade [...]”<sup>41</sup>

Inicialmente, perceba-se que o princípio da isonomia é, sem dúvidas, o mais importante entre os que caracterizam a licitação. Dos específicos princípios trazidos no art. 3º da Lei 8.666/93<sup>42</sup>, o da isonomia é o único trazido pela própria Constituição, nesta sendo caracterizado pela expressão “igualdade de condições”.

De fato, é o próprio princípio da isonomia que enseja a necessária feitura do procedimento licitatório, uma vez que, ao ser necessário tratar a todos de forma igualitária, de outra forma a Administração Pública não poderia agir, à vista de todos os “particulares interessados [que] possuem a legítima pretensão de obter lucro na celebração dos negócios jurídicos que a Administração Pública precisa celebrar”<sup>43</sup>. Portanto, se há a “possibilidade de haver disputa dentre eles, o princípio da isonomia impõe ao gestor público o dever de tratá-los de modo isonômico”<sup>44</sup>.

Nesse sentido, poder-se-ia, então, dizer que o princípio da isonomia visa propiciar “idêntico tratamento para os que se encontram na mesma situação e tratamentos diferenciados para os que se encontram em situações diferentes”<sup>45</sup>. Assim, a diferença deve existir antes e fora do Direito, porque este não a cria, apenas a reflete<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 59.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>43</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Conceito de Contrato Administrativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-7-AGOSTO-2006-WLADIMIR-ROCHA.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>44</sup> Ibidem.

<sup>45</sup> BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 43.

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 59.

Assim o sendo, claro está que é lícito o estabelecimento de requisitos mínimos no procedimento licitatório, haja vista que o propósito maior é a segura e perfeita execução da obra ou serviço<sup>47</sup>, objetos do contrato administrativo que será posteriormente firmado. Por seu turno, o que não se admite, e cuja vedação decorre diretamente do princípio da isonomia, não é, pura e simplesmente, a desigualdade, mas a “desigualdade injustificada”<sup>48</sup>.

Convém ainda asseverar que o princípio da isonomia possui dois momentos de incidência frontal: em uma fase inicial, quando são designados os critérios objetivos de diferenciação que a Administração Pública adotará para escolher o contratante; e, num segundo momento, quando será verificado pela Administração quem concretamente preenche de modo mais satisfatório as exigências da Administração para ser contratado<sup>49</sup>.

Esses dois nítidos momentos de incidência direta do princípio da isonomia revelam um fato: a importância deste princípio sobressai nos exatos momentos em que a discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) do administrador público incide sobre o procedimento licitatório. Nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr:

“Na realidade, o princípio da isonomia é a causa mor da licitação pública, prevalecendo sobre quaisquer outras. A licitação pública serve para franquear a todos os possíveis interessados em colher os benefícios de contrato administrativo as mesmas oportunidades. Quer-se dizer que, sem licitação pública, os supostos interessados inevitavelmente não serão tratados com igualdade, delineando-se, por certo, agravos à isonomia.”<sup>50</sup>

Nos exatos termos expostos, na medida em que a realização da licitação objetiva conferir isonomia aos administrados, a sua não realização enseja discriminações – e, no contexto das discriminações engendradas pela inexigibilidade de licitação de serviços técnicos profissionais especializados – não permitidas pela Constituição Federal, razão pela qual, conforme se demonstrará mais adiante, dito instituto é inconstitucional.

<sup>47</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 273.

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60 *apud* FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 24.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60-61.

<sup>50</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p 34.

### *1.1.2 Macroprincípio da indisponibilidade do interesse público.*

#### *1.1.2.1 Seleção da proposta mais vantajosa*

Quanto ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, cabe esclarecer que o “interesse da sociedade por inteiro, o interesse geral, a vontade coletiva, é esta a razão de ser e de agir da Administração Pública. Portanto, há de prevalecer sempre que confrontado com o interesse privado”<sup>51</sup>.

Isto porque “existe um dever de a Administração adotar a escolha mais eficiente para a exploração dos recursos econômicos de sua titularidade”<sup>52</sup>. Nessa linha de raciocínio, desenha-se outro princípio implícito ao da proposta mais vantajosa, qual seja o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Em regra, as vantagens almejadas pela Administração Pública no procedimento licitatório residem em benefícios financeiros ou técnicos<sup>53</sup>. No entanto, seja qual for a opção tida pela Administração Pública, deve-se preservar, concomitantemente à execução do contrato, não apenas o simples – e, quiçá, desenfreado – desenvolvimento nacional, como sempre previu a Lei de Licitações<sup>54</sup>, mas também deve sê-lo sustentável, cuja partícula adjetiva foi adicionada pela Lei 12.349/2010<sup>55</sup>. Em termos práticos, a alteração legislativa trouxe à Administração Pública outros valores a serem obrigatoriamente sopesados sob o viés da vantajosidade<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 46.

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 61.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>56</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 62.

Respeitada a condição de manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme exige a Carta Magna em seu artigo 225<sup>57</sup>, na maioria das vezes a questão econômica sobrepuja-se em detrimento da técnica, uma vez que o “Estado dispõe de recursos limitados para [o] custeio de suas atividades e [a] realização de investimento[s].”<sup>58</sup>.

No entanto, “existem outros valores relevantes para o Estado e para a Nação além da eficiência econômica”<sup>59</sup>. Nesse sentido, muitas vezes, a depender do contrato, o benefício técnico será superior ao financeiro, caso no qual a qualidade (do serviço) será privilegiada em detrimento da quantidade (a ser gasta pela Administração Pública no contrato).

Diga-se, por oportuno, que essas hipóteses de predileção do quesito técnico têm sido utilizadas de forma desproporcional pelo agente público – sem adentrar ao mérito da presença, ou não, de dolo –, fato este que tem gerado o desvirtuamento do procedimento licitatório, por meio de sua não feita em razão de suposta inexigibilidade de licitação. Porém, nesses casos, notório que não é o interesse público que está sendo tutelado, porquanto há a seleção de propostas que não são as mais vantajosas para a Administração Pública<sup>60</sup>, em verdadeira afronta à indisponibilidade do interesse público.

#### *1.1.2.2 Economicidade*

O princípio da economicidade também se entrelaça ao princípio da proposta mais vantajosa, pelo elo do princípio da indisponibilidade do interesse público. Todavia, traz nuances peculiares, as quais precisam ser salientadas.

O princípio da economicidade traz à tona a necessidade de se aderir à solução mais adequada para a plena consecução dos serviços públicos. Isto é, dentre uma enorme

---

<sup>57</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 61.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>60</sup> Perceba que para haver afronta ao princípio da “seleção da proposta mais vantajosa”, basta que se demonstre que não se escolheu a proposta mais vantajosa ao interesse público, não sendo exigido que, para que haja afronta ao princípio, tenha que se escolher, necessariamente, a pior proposta.

gama de possibilidades que o administrador público tenha para a consecução do seu múnus público – como normalmente ocorre –, deve-se adotar a opção que traga a maior vantagem à Administração Pública, uma vez que “não se admite que a licitação propicie o desperdício de recursos públicos”<sup>61</sup>. Portanto, a “maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração”<sup>62</sup>.

Nesse sentido, como se demonstrará a seguir, a contratação direta de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados fere frontalmente este princípio, gerando, por sua vez, enormes gastos à Administração Pública<sup>63</sup>.

### 1.1.3 Moralidade / Probidade

O princípio da moralidade aplica-se a todos os procedimentos da Administração Pública, por igualmente se encontrar previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>64</sup>. No âmbito das licitações, foi reforçado pelo princípio da probidade.

O princípio da moralidade exige da Administração Pública, e dos próprios licitantes, um grau de comprometimento superior ao mero cumprimento formal das leis, isto porque “a ausência de disciplina legal [sobre determinado tema] não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral”<sup>65</sup>. Nesse sentido, a “moralidade soma-se à legalidade”<sup>66</sup> e, portanto, “uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”<sup>67</sup>.

Não obstante a aparente abstração dos fins ambicionados pelo princípio da moralidade, torna-se plenamente viável cumpri-lo, visto que tal princípio objetiva, em termos práticos, dar efetividade ao macrop princípio da indisponibilidade do interesse público,

<sup>61</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 68.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>63</sup> A despesa do Poder Executivo com contratos firmados com base na contratação direta por inexigibilidade de licitação entre os anos de 2003 a 2008 girou em torno de dois a cinco bilhões de reais. Conferir em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 173.

<sup>64</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 76.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> *Ibidem*.



exigindo uma postura séria e honesta do administrador público, que gere os bens públicos indisponíveis, e dos próprios particulares que participem do procedimento licitatório, vedando a superposição de qualquer interesse particular ao coletivo<sup>68</sup>.

Porém, dentre os inúmeros princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e, por corolário, do procedimento licitatório, provavelmente o princípio da moralidade seja o mais prejudicado na utilização do instituto da contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados.

Sobre o assunto, manifestou-se Joel de Menezes Niebuhr:

“É intuitivo que a celebração de contratos administrativos requer o cumprimento de formalidades, para impedir que agentes administrativos recebam benefícios pessoais em detrimento da coisa pública, para tratar os membros da Sociedade com igualdade, como requer o caput do artigo 5º da Constituição Federal, e para criar obstáculos à corrupção, assegurando a moralidade.”<sup>69</sup>

Dúvida não há, portanto, sobre a notória depravação da moralidade pública com a perpetuação do instituto da contratação direta que se dê por meio da inexigibilidade de licitação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados.

#### 1.1.4 Publicidade

O princípio da publicidade é próprio do Estado de Direito<sup>70</sup>, razão pela qual se encontra disciplinado no *caput* do art. 37 da Constituição cidadã de 1988<sup>71</sup> e aplica-se a toda a Administração Pública, e não apenas às licitações. De qualquer forma, também o previu o art. 3º da Lei de licitações<sup>72</sup>, com certeza em virtude de sua extrema relevância.

<sup>68</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 76.

<sup>69</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14.

<sup>70</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 40.

<sup>71</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>72</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

É intrínseca à licitação a publicação de seus atos: “não há, nem pode haver, licitação sigilosa”<sup>73</sup>, visto que “se seu objeto exigir sigilo em prol da segurança nacional, será contratado com dispensa de licitação”<sup>74</sup>.

A “publicidade da licitação abrange desde a divulgação do aviso de sua abertura até o conhecimento do edital e de todos os seus anexos [...]”<sup>75</sup> e completa-se com a “abertura dos envelopes de documentação e propostas em público e com a subsequente publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato [...]”<sup>76</sup>, passa pelo conhecimento do edital e de todos seus anexos, e vai até a abertura dos envelopes de documentação e propostas em público.

Assim, o princípio da publicidade objetiva: i) permitir o amplo acesso dos interessados na licitação, fato este que corrobora com o princípio da isonomia; e ii) garantir que o cidadão possa fiscalizar o procedimento licitatório<sup>77</sup>, com vistas à realização de outro princípio, o da moralidade<sup>78</sup>.

Ocorre que, na contratação direta, a publicidade é profundamente prejudicada, em razão de todo o procedimento administrativo se desenvolver dentro da própria administração, antes mesmo que se dê publicidade ao que está sendo abordado. Apenas com a efetiva contratação, dá-se divulgação ao contrato – já firmado –, nos termos do art. 26 da Lei 8.666/93<sup>79</sup>.

#### *1.1.5 Vinculação ao Instrumento Convocatório / Legalidade*

O princípio da Vinculação ao Instrumento convocatório é uma faceta do princípio da legalidade (aplicado a toda a Administração Pública) voltada especificamente para a matéria de licitações.

<sup>73</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 77.

<sup>78</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 41.

<sup>79</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

Quanto ao princípio da legalidade, impende aclarar que o Ente Público apenas pode praticar ato se houver lei expressamente autorizando a prática desse ato ou desempenho de atividade<sup>80</sup>.

Já com relação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, antes de discorrer sobre ele, necessário expor o conceito da expressão instrumento convocatório. Este é o dispositivo que “delimita as condições norteadoras dos atos do certame, fixa o seu objeto de forma precisa e enumera os deveres e as garantias das partes interessadas”<sup>81</sup>. No momento de sua publicação, há o exaurimento da discricionariedade plena da Administração Pública a qual se vincula, junto com os particulares participantes, ao ato convocatório<sup>82</sup>.

A depender da modalidade licitatória – a saber, i) concorrência; ii) tomada de preços; iii) convite; iv) concurso; v) leilão; e vi) pregão – definir-se-á o instrumento convocatório específico<sup>83</sup>. Salvo a modalidade convite, a qual possui o instrumento convocatório igualmente denominado de convite, as demais modalidades de licitação possuem o *edital* como instrumento convocatório.

Nesse ínterim, podemos definir a vinculação ao instrumento convocatório como sendo a sujeição dos licitantes e da própria Administração Pública aos termos do documento, tornando-o obrigatório para aquela licitação durante todo o procedimento<sup>84</sup>. É, em outras palavras, a lei entre as partes.

Todavia, tal princípio não significa “obrigar o administrador a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias”<sup>85</sup>, até porque qualquer análise feita em um procedimento licitatório deve ter como alicerce todos os princípios que o orientam. Portanto, se, no decorrer do procedimento licitatório, for identificada alguma falha, à Administração é

---

<sup>80</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 34.

<sup>81</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 73.

<sup>83</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 42.

<sup>84</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 51

<sup>85</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 42.

dada a prerrogativa de rever o ato convocatório<sup>86</sup> – edital ou convite –, devendo, contudo, invalidar o então certame imperfeito e renovar a competição por meio da publicação de novo instrumento convocatório<sup>87</sup>.

A inexistência de um instrumento vinculatório nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos profissionais especializados faz com que haja uma exacerbada discricionariedade – leia-se, arbitrariedade.

Vai, portanto, de encontro ao que preceitua a Constituição Federal; afinal, ela “visa a frear a arbitrariedade e a controlar os desmandos, limitando efetivamente aqueles que detêm o poder, venham de onde vierem, que devem se adequar aos preceitos dela”<sup>88</sup>.

#### *1.1.6 Julgamento objetivo / Impessoalidade*

O princípio do julgamento objetivo está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, vez que este “implica [em] agir de forma objetiva, tendo em vista o interesse público tipificado, sem se deixar levar por opiniões pessoais ou subjetivas, sem tratamento discriminatório ou concessão de privilégios.”<sup>89</sup>

O fim único, portanto, é o de excluir o subjetivismo do agente administrativo<sup>90</sup>, sempre objetivando respaldar e fomentar a isonomia necessária em todo o procedimento licitatório<sup>91</sup>.

Sobre este princípio, singularmente sintetiza Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que “o princípio do julgamento objetivo afasta o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a se aterem ao critério prefixado pela Administração, sempre levando em consideração o interesse público (...)”<sup>92</sup> e, nesse compasso, é deliberadamente vedado o

<sup>86</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 73.

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 87

<sup>89</sup> BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 51.

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 75.

<sup>91</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 36.

<sup>92</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

“julgamento subjetivo ou inteiramente livre, desvinculado de qualquer critério objetivo estabelecido para o confronto das propostas e limitativo do arbítrio do julgador”<sup>93</sup>.

O princípio da impessoalidade, ao lado do princípio da moralidade, é um dos mais lesados com a contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados por inexigibilidade de licitação, em razão de que a escolha é feita previamente pelo agente público – sob a leviana justificativa de que não existem competidores.

## ***1.2 Hipóteses de prescindibilidade da licitação e definição de serviços técnicos***

### ***1.2.1 Dispensa e Inexigibilidade de licitação***

Conforme salientado alhures, em que pese o procedimento licitatório ser regra determinada pela Constituição para escolher um terceiro com o fim de prestar serviços à Administração Pública, existem hipóteses nas quais o administrador é eximido de sua feitura. Essa permissividade se dá na medida em que não houver vantagem em se licitar<sup>94</sup>.

Embora não seja objeto de estudo do presente trabalho, cumpre esclarecer sucintamente no que consiste o instituto da dispensa de licitação, tão só com o objetivo de distingui-la do instituto da inexigibilidade de licitação.

Basicamente, ocorrerá a dispensa de licitação quando o interesse público a que se visa tutelar for potencialmente sacrificado ou prejudicado<sup>95</sup>, caso se opte por realizar o procedimento licitatório.

Isto é, apesar de se reconhecer que há competição e, por conseguinte, ser possível realizar a licitação – diferentemente da inexigibilidade –, assim não se procede, pois outros interesses públicos deixariam de ser tutelados com a sua realização.

Por outro lado, a inexigibilidade de licitação sobrevém quando for impossível que ocorra competição entre os contratantes<sup>96</sup>. Ou seja, a legitimidade da inexigibilidade de

---

<sup>93</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

<sup>94</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-90.

<sup>95</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 14.

licitação consubstancia-se no pressuposto fático da não ocorrência do principal fator motivador da licitação: a concorrência.

Esta definição está clara no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93<sup>97</sup>, que assevera somente ser “inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”<sup>98</sup>. Ciente, portanto, de que “a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa”<sup>99</sup>, cabe salientar que existem três modalidades de inexigibilidade, a saber: i) quando o objeto de aquisição for oferecido apenas por um produtor (art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93); ii) quando o serviço a ser contratado for técnico e deva ser prestado por profissional de notória especialização (art. 25, II, da Lei 8.666/93); e, por fim, iii) quando a contratação for de profissional do setor artístico, desde que consagrado pela crítica especializada ou opinião pública (art. 25, III, da Lei 8.666/93).

Oportuno relembrar que o presente estudo versa, unicamente, a respeito de uma dessas modalidades de inexigibilidade de licitação, qual seja a de contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização. Por esta razão, não se está aqui refutando todo o instituto da inexigibilidade, mas tão somente o contido no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93.

Marçal Justen Filho sistematiza as premissas da fundamentação da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização<sup>100</sup> da seguinte forma: a) ausência de “mercado concorrencial”; b) ausência de objetividade na seleção do objeto; c) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada.

---

<sup>96</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 156.

<sup>97</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>98</sup> “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (omissis)”.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

<sup>99</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 406.

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 406-407.

Outros autores, tais como Joel de Menezes Niebuhr<sup>101</sup>, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>102</sup>, Hely Lopes Meirelles<sup>103</sup> e Lucas Rocha Furtado<sup>104</sup> adotam semelhantes premissas para o fim de justificar a inexigibilidade de licitação para a contratação (direta) de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização. No tópico seguinte, procurar-se-á refutar todos os pressupostos que fundam esta inexigibilidade.

Oportuno reiterar que o instituto da inexigibilidade de licitação não é de todo ilógico, possuindo suas vantagens, notadamente quando, de fato, não há alternativa para se proceder à licitação em razão de fornecedor exclusivo (ausência de competição) – hipótese prevista no inciso I do art. 25 da Lei 8.666/93<sup>105</sup>. Quanto ao inciso III, que versa sobre contratação de profissionais do setor artístico, a mesma chancela não pode ser dada, em razão da forte competitividade do setor. No entanto, por não ser objeto do presente trabalho, não se faz possível, aqui, refutá-lo.

O cerne da controvérsia, destarte, reside em concluir que é inconstitucional a contratação direta de um terceiro utilizando-se especificamente do instituto da inexigibilidade de licitação para serviços técnicos de notória especialização.

Além do mais, o presente trabalho cumpre comprovar que esta hipótese de inexigibilidade de licitação para serviços técnicos profissionais especializados encontra-se embasada em premissas falsas, cujas conclusões não podem ser nada além de falaciosas.

### *1.2.2 Definição dos serviços técnicos profissionais especializados*

O inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, objeto do presente estudo, faz alusão aos serviços que poderão usufruir do instituto da inexigibilidade de licitação, os serviços técnicos, confira-se:

<sup>101</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>102</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>103</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>104</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>105</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”<sup>106</sup>

O art. 13, por sua vez, especifica as modalidades de serviços que são assim considerados. Confira-se:

“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico. [...]”<sup>107</sup>

No entanto, Marçal explica<sup>108</sup> que o rol constante do artigo 13 é apenas exemplificativo – não taxativo –, motivo pelo qual é plenamente viável que outro serviço possa ser considerado como técnico profissional especializado, mesmo não constando do artigo em referência.

Confira-se o significado de serviço para a Lei 8.666/93, a qual traz a definição do termo em seu artigo 6º, inciso II:

<sup>106</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 200.



“Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”<sup>109</sup>

Nítida é a imperícia do legislador para a caracterização de serviço, uma vez que, ao invés de efetivamente definir o seu significado, há uma mera “exemplificação daquilo que se enquadra nas referidas categorias”<sup>110</sup>.

Bem explica Marçal<sup>111</sup> que a distinção entre obra e serviço reside no propósito dado à atividade: se o interesse preponderante é o resultado (atividade-fim), trata-se de uma obra; se, por sua vez, o propósito maior é o próprio exercício da atividade (atividade-meio), consubstanciada precipuamente em uma atividade humana, trata-se de um serviço.

Nessa linha de raciocínio, um serviço técnico importa na “aplicação do conhecimento teórico e da habilidade pessoal para promover uma alteração no universo físico ou social”<sup>112</sup>. Impõe-se, portanto, o preenchimento de dois quesitos: i) “a transposição para a vida prática de um conhecimento teórico, de modo a gerar uma atividade efetiva e concreta”<sup>113</sup>; e ii) estar relacionado a uma atividade individual, isto é, a uma “capacitação peculiar, relacionada com potenciais personalíssimos”<sup>114</sup>.

Além disso, ordena-se que o serviço, além de técnico, seja profissional. O serviço será profissional quando exigir “uma habilitação específica para sua prestação”<sup>115</sup>, indispensável ao correto exercício da atividade.

Finalmente, é necessário que o serviço técnico profissional também seja especializado. Será também especializado quando, mais do que profissional, seja o serviço peculiar o suficiente para que o distinga dos demais. Como explica Márcio dos Santos Barros,

<sup>109</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>110</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 128.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>112</sup> Ibidem.

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 83

“a singularidade em questão há de ser entendida como o que é de fora do comum e não como o que é único”<sup>116</sup>.

Definidos estão, pois, os serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização – objetos do presente estudo – que podem ser contratados diretamente pela Administração Pública por inexigibilidade de licitação, como asseveram os artigos 25, II, c/c 13, ambos da Lei 8.666/93<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011. p. 255.

<sup>117</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

## 2 CONSTITUCIONALIDADE DA MATÉRIA

### 2.1 *Natureza jurídica do art. 21, inciso XXI da Constituição Federal: obrigatoriedade de licitação*

A necessidade de se pontuar detalhadamente e de se determinar os princípios constitucionais regentes da licitação, como feito acima, subsiste em razão de que o “ordenamento jurídico é um sistema”<sup>118</sup>. Assim o sendo, “pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa”.<sup>119</sup> Nessa linha de raciocínio, todos os componentes do sistema jurídico devem se integrar e se complementar, mutuamente.

Dúvida não há, na atual conformação da interpretação jurídica, quanto à imperatividade dos princípios jurídicos (ainda mais os de índole constitucional), que devem ser concretamente instrumentalizados pelo legislador derivado<sup>120</sup> por meio da sua atividade legislativa. Se não o forem, serão admissíveis os instrumentos de controle de constitucionalidade, previstos no ordenamento jurídico, aptos a afastarem a ação ou omissão do legislador derivado<sup>121</sup> – fato este que revela, ainda mais, o caráter cogente dado aos princípios.

Para que haja um efetivo e lógico sistema de controle da validade das leis, necessário atribuir-lhes uma hierarquia normativa. Para tanto, conferiu-se à norma constitucional um “fundamento de validade de todas as demais normas”<sup>122</sup>.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro dotou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>123</sup> de uma validade superior, posicionando-a, dentro da hierarquia legal, “em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que não de nela encontrar fundamento último”<sup>124</sup>. Por esta razão, “qualquer operação de realização do

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 94.

<sup>121</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>124</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição”<sup>125</sup>. Esta primazia constitucional deu ensejo ao princípio da supremacia da Constituição<sup>126</sup>.

Nesse contexto, por óbvio que as regras de licitação – assim como qualquer outra disciplina jurídica – devem ser interpretadas com amparo nas regras e princípios constitucionais<sup>127</sup>. Posto isso, qualquer interpretação – para que seja reputada como válida – da norma infralegal que disciplina o regime jurídico da licitação – Lei 8.666/93 – deve adotar “critérios de diferenciação compatíveis com a ordem jurídica”<sup>128</sup>.

Marçal Justen Filho explica, de forma inconfundível, o escopo maior do procedimento licitatório:

“A licitação é uma solução jurídica para impedir decisões apressadas, mal planejadas e impulsivas – defeitos que são inerentes ao processo decisório. O agente administrativo é um ser humano, sujeito a falhas em suas escolhas. A licitação reduz a autonomia do agente administrativo precisamente para limitar a amplitude dos riscos de equívocos.”<sup>129</sup>

Joel de Menezes Niebuhr explica a indissociabilidade entre a licitação pública e a Constituição Federal:

“Ademais, é oportuno ressaltar que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal preceitua a obrigatoriedade de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. Transparece que o constituinte não se contentou com qualquer tipo de procedimento que faça as vezes de licitação. Para o constituinte, a licitação pública obrigatória é aquela que assegura igualdade de condições, e não qualquer outra.”<sup>130</sup>

Portanto, para “a sistemática constitucional [...] a obrigatoriedade de licitação pública é a regra, e a contratação direta, a exceção”<sup>131</sup>. Nesse sentido, explica Joel de Menezes que a natureza jurídica da norma constitucional que prescreve a licitação – no art. 37 – é

<sup>125</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.522.

<sup>127</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 70.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>130</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 120.

<sup>131</sup> Ibidem.

programática, a qual tem por função indicar uma diretriz a ser seguida, sob pena de inconstitucionalidade<sup>132</sup>.

A respeito da norma programática, Luis Roberto Barroso é claro ao expor a sua natureza: tratam-se daquelas normas em que “se prevê genericamente a atuação do Poder Público, mas sem especificar a conduta a ser adotada”<sup>133</sup>.

Em que pese a generalidade de referidas normas, não é conferida tamanha margem de discricionariedade ao legislador derivado ao ponto de conferir-lhe a prerrogativa de optar por adotá-las ou não: a sua imperatividade é obrigatória. Vejamos:

Note-se, entretanto, que o constituinte não outorgou ao legislador competência para afastar a licitação por liberalidade, em quaisquer situações. Em vez disso, ao lhe outorgar a competência, o constituinte prescreveu, em todas as letras, que a obrigatoriedade de licitação pública constitui a regra e que a contratação direta é exceção, enfeixando programa do qual o legislador não pode se apartar, sob pena de desvio de poder legislativo, que é espécie de inconstitucionalidade.”<sup>134</sup>

Isto porque “o constituinte houve por bem, para não permitir espaço a interpretações conservadoras, realçar que a licitação pública é efetivamente obrigatória, inserindo, no capítulo referente à Administração Pública, o inciso XXI do artigo 37”<sup>135</sup>.

Portanto, dúvidas não restam tanto a respeito do caráter impositivo e, por corolário, coercitivo dos princípios – não apenas, mas principalmente, constitucionais –, quanto acerca da qualificação programática da norma jurídica constitucional que previu a licitação como regra obrigatória, cujas exceções deveriam ser delineadas pelo legislador derivado – e, ao que tudo indica, este as previu de forma exacerbada<sup>136</sup>, excedendo-se no seu poder legislativo.

<sup>132</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 121.

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42.

<sup>134</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 16.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>136</sup> A despesa do Poder Executivo com contratos firmados com base na contratação direta por inexigibilidade de licitação entre os anos de 2003 a 2008 girou em torno de dois a cinco bilhões de reais. Conferir em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade*

## 2.2 Interpretação conforme a Constituição e declaração da inconstitucionalidade

A anormalidade jurídica pode se dar entre leis infraconstitucionais ou entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional. Quanto a esta última hipótese, a norma constitucional sempre prevalecerá em detrimento da infraconstitucional, conforme supramencionado, em razão de ser ela o “fundamento de validade de todas as demais normas”<sup>137</sup>.

Isto porque, partindo do pressuposto de que o sistema jurídico deve ser íntegro e harmônico, qualquer anomalia existente deve ser imediatamente combatida e repelida. Ademais, tendo-se como premissa, também, a supremacia legal do texto constitucional, exatamente em razão deste princípio da supremacia da Constituição, “nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição”<sup>138</sup>.

No que concerne à inconformidade que se dê entre uma norma infraconstitucional e uma constitucional, importante fazer um esclarecimento: tal antinomia poderá ser classificada como formal ou material.

A inconstitucionalidade formal se verifica quando houver um “ato legislativo [que] tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico”<sup>139</sup>, enquanto que a inconstitucionalidade material ocorre “quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio”<sup>140</sup>.

---

de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 173.

<sup>137</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 173.

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>140</sup> Ibidem.

Neste trabalho, não é a inconstitucionalidade formal o fundamento pelo qual se advoga a inconstitucionalidade do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93<sup>141</sup>. A verdadeira – e única – razão para assim fazê-lo reside na a inconstitucionalidade material da referida norma.

Isto porque o instituto albergado pelo artigo em comento não guarda correlação com os princípios constitucionais – conforme é demonstrado neste trabalho –, razão pela qual a Constituição e referido instituto – inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização – não podem ser justapostos.

Perceba que não há como sanar a aludida antinomia em virtude de o cerne existencial da licitação encontrar-se em norma programática constante da Constituição da República Federativa do Brasil. Dessarte, o legislador derivado encontra-se limitado no seu poder legislador, devendo, necessariamente, respeitar as diretrizes máximas constantes do arcabouço jurídico constitucional.

Marçal Justen Filho bem explica o contexto da licitação no ordenamento jurídico brasileiro:

“O núcleo primordial da disciplina encontra-se na Constituição Federal, que consagra os princípios e normas fundamentais acerca da organização do Estado e do desenvolvimento da atividade da Administração. Em virtude do princípio da constitucionalidade (hierarquia das leis), a disciplina das licitações e contratos administrativos deve ser procurada primeiramente na Constituição. Mesmo que se recorra à legislação inferior, deve-se ter em vista a superioridade da Constituição.”<sup>142</sup>

Conforme supralentado, toda e qualquer norma infraconstitucional deve encontrar respaldo na Constituição<sup>143</sup>. Esta superioridade da Carta Magna traz irremediáveis consequências práticas, entre as quais podem ser destacadas: a “revogação de todas as normas anteriores com ela incongruentes”<sup>144</sup>, a “nulidade das normas futuras que incorrerem em violação a qualquer de suas disposições”<sup>145</sup> e a “obrigatoriedade de que, dentre as várias

<sup>141</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 13.

<sup>143</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

<sup>144</sup> PUCCINELLI Júnior, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

<sup>145</sup> Ibidem.

interpretações possíveis, sejam selecionadas apenas aquelas compatíveis com o texto constitucional”<sup>146</sup>.

Portanto, para que haja a referida nulidade da norma infraconstitucional, necessário que se tente, ao menos, interpretá-la em conformidade com a constituição; afinal, “as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade”<sup>147</sup>. Ocorre que esta possibilidade de interpretação conforme à Constituição apenas e tão somente será possível quando se estiver lidando com normas plurissignificativas<sup>148</sup>, de conteúdo indeterminado ou plural, as quais ensejam mais de uma interpretação possível do texto infraconstitucional.

No entanto, o instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação direta de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados, previsto no art. 25, inciso II da Lei 8.666/93<sup>149</sup>, não comporta qualquer outra interpretação, senão a de que seja permitida a contratação direta sem a feitura do procedimento licitatório e sem que haja um motivo constitucionalmente plausível para tanto – a despeito da exigência constitucional – ; com a consequente usurpação dos mais caros princípios constitucionais, conforme será demonstrado a seguir.

De fato, em muitos temas, a atividade legislativa do legislador derivado tem se confrontado com os ditames constitucionais, haja vista que aponta em “sentido oposto à finalidade encartada na Constituição, especialmente nas normas programáticas”<sup>150</sup>.

Vê-se, em verdade, que não se tem dado uma interpretação constitucional ao tema, revelando notório desvio da atividade legislativa. Joel de Menezes clarifica como, em seu entendimento, deve se orientar a atividade interpretativa jurisdicional a respeito da contratação direta em detrimento da feitura da licitação:

“Em obediência ao programa constitucional e em vista da realidade institucional brasileira, o hermeneuta deve apreciar esse temário com

<sup>146</sup> PUCCINELLI Júnior, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109.

<sup>148</sup> PUCCINELLI Júnior, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

<sup>149</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>150</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 20.



enfoque restritivo, portanto com parcialidade, em defesa da obrigatoriedade da licitação pública, o que redundaria, por via oblíqua, na defesa da isonomia, do interesse público e da moralidade administrativa”.<sup>151</sup>

Portanto, ao final deste trabalho, não restarão dúvidas de que deve ser retirada a eficácia dos artigos que instituíram a inexigibilidade de licitação em comento, inoculando, por via reflexa, a “aptidão para a produção de efeitos”<sup>152</sup> de tais artigos no mundo jurídico. Afinal, “nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido”<sup>153</sup>. Ou, como bem explanou Joel de Menezes Niebuhr, “qualquer atividade que se desvie das raias constitucionais é antijurídica, e os seus efeitos não podem perdurar. Eis a função da Constituição.”<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 19.

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>154</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 87.

### 3 DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO, À CONSTITUIÇÃO, DO INSTITUTO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS

#### *3.1 Natureza singular do serviço prestado que enseja a impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos: forjada ausência de competição*

Um dos argumentos utilizados para justificar a ocorrência de contratações diretas em virtude da inexigibilidade de licitação no caso de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização é a natureza singular do serviço prestado, fato este que consequentemente impossibilitaria a licitação – a qual nada mais é do que uma seleção de propostas, aferidas segundo critérios objetivos.

Marçal Justen Filho justifica que haveria a “impossibilidade de seleção [do particular] segundo critérios objetivos”<sup>155</sup>, em razão da natureza personalíssima do serviço. Finaliza expondo que por não haver “critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido”<sup>156</sup>.

Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr destaca que o inevitável caráter subjetivo constante da natureza singular dos serviços prestados impossibilitaria a comparação objetiva inerente à licitação, *ipsis litteris*:

“Quer-se dizer que o fundamento para a inexigibilidade de licitação albergada no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, referida como contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, reside na indeclinável subjetividade para comparar tais profissionais, que realizam seus préstimos com toque pessoal, de modo impregnado pela subjetividade, fruto de experiência profissional própria. A natureza singular reside na personalidade com que tais serviços são prestados, que impedem comparação objetiva, a única admissível em licitação pública.”<sup>157</sup>

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 407.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 189-190.

Esses argumentos supracitados são, com o devido respeito, falíveis na medida em que todos os concorrentes à licitação prestam serviços ímpares, igualmente ao eventual escolhido pelo administrador público para contratação direta.

Em verdade, esse é um caráter inerente de quem presta um serviço personalíssimo de caráter intelectual. Como bem salientou Adilson Abreu Dallari<sup>158</sup>, “nem todo serviço técnico especializado enseja a pura e simples dispensa<sup>159</sup> de licitação. Existem serviços que, não obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente”.

Ademais, se este critério de subjetividade fosse, de fato, um óbice ao procedimento licitatório, não haveria licitação para qualquer contratação de serviços que dependam do intelecto do prestador, isto é, toda e qualquer necessidade da Administração Pública referente a estes serviços seria resolvida mediante a contratação direta.

Ou seja, não haveria necessidade de a Lei 8.666/93 ser específica ao permitir a contratação direta tão somente quando houver um profissional de notória especialização, visto que seria redundante fazê-lo, pois o caráter subjetivo inerente aos serviços já seria suficiente para afastar a necessidade de feitura da licitação.

No entanto, sabido é que a legislação pátria admite a concorrência para estes serviços, por mais que se admita a dificuldade de fazê-lo diante da mencionada singularidade, inerente ao objeto.

Assentir com a complexidade de cotejo entre as propostas não significa concluir que não haja possibilidade de concorrência. Cabe à Administração Pública servir-se de critérios objetivos para a comparação das propostas; afinal, esta exigência é um comando constitucional.

Ora, como o próprio Marçal explicou quando ensinava sobre os princípios norteadores do procedimento licitatório:

---

<sup>158</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50.

<sup>159</sup> O termo “dispensa” utilizado pelo autor foi mal empregado, uma vez que remete ao instituto da dispensa de licitação, quando em verdade está a se falar da inexigibilidade de licitação.

“A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração.”<sup>160</sup>

Nesse sentido, não há outra fórmula, senão o emprego de parâmetros objetivos para o fim de atingir a segurança jurídica e a isonomia entre os licitantes. E, enquanto existem outros serviços técnicos igualmente prestados por seres humanos – que são, em sua natureza, subjetivamente peculiares – que admitem a feitura de licitação, não há como se acolher a tese de que natureza singular dos notórios profissionais especializados impossibilitaria a comparação entre eles e, por conseguinte, inabilitaria a competição, a qual é a premissa maior da licitação.

Rafael Valim<sup>161</sup> auspiciosamente explica que a segurança jurídica no âmbito do direito administrativo se exprime no “seguro conhecimento das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e, assim, realizar plenamente seus desígnios pessoais”.

Corroborando com este entendimento de segurança jurídica, ou ainda melhor, de mais transparência na gestão pública, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes lucidamente arremata:

“A licitação é um instrumento da hoje denominada ‘transparência’. Desde a Declaração dos Direitos do Homem, é dever do gestor público prestar contas à sociedade. A expressão ‘transparência’ é um corolário desse dever, que a licitação torna mais objetiva.”<sup>162</sup>

Nesta busca por essa segurança jurídica e transparência, discorda-se de Marçal, que também compartilha da mesma conclusão de Joel de Menezes Niebuhr, e assenta que haveria uma ausência de mercado concorrencial.

Assevera Joel de Menezes Niebuhr que se trata de “situações em que a prestação que satisfaz o interesse sob tutela estatal é produzida através da atuação

<sup>160</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 59.

<sup>161</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

<sup>162</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 171-172.

predominantemente intelectual”<sup>163</sup> e, em razão desta natureza personalíssima, seria, supostamente, “inviável a competição porque a peculiaridade do mercado consiste na ausência de competição direta e frontal”<sup>164</sup>. Portanto, conclui o referido autor que “não existirá disputa formal entre particulares para contratar o objeto necessário a satisfazer a necessidade estatal”<sup>165</sup>.

Ora, os serviços de caráter intelectual nunca deixarão de ser subjetivos. Porém cabe ao legislador determinar que a Administração Pública se valha de critérios objetivos para fazer a escolha do prestador de serviços.

Nesse sentido, ainda que performativamente se alegue essa impossibilidade de comparação, a Administração Pública seleciona profissionais subjetivamente peculiares para compor o aparato estatal por meio de concurso, utilizando-se de questões que aferem conhecimentos objetivos dos candidatos, entre outras modalidades de comparação.

Nesse aspecto, se essa teoria da subjetividade estivesse correta, não seria possível cotejar e selecionar os particulares que desejam incorporar a máquina pública permanentemente, diante da característica *sui generis* de cada candidato.

Sendo certo que tais serviços são eminentemente subjetivos, não se deve avaliá-los de *per se* para aferir a aptidão do particular que irá prestar os serviços, portanto.

Dever-se-á, em verdade, utilizar-se de um conjunto sistêmico e objetivo de atributos referentes ao prestador que possam denotar sua extrema capacidade técnica. Utilizando-o, como exige a Constituição, a licitação não poderá ser declarada inexigível, porquanto há competição.

Em outras palavras, essa impossibilidade de antevisão do esmero do trabalho não deveria escusar a Administração de se proceder à feitura da licitação, pois bastaria utilizar-se de critérios objetivos para a aferição da qualidade dos profissionais de notória especialização.

---

<sup>163</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 407.

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> Ibidem.

Dessarte, não há uma impossibilidade de concorrência (e, conseqüentemente, de licitação), como já defendido. Há, em verdade, uma forjada ausência de competição tão só em virtude dos pressupostos eleitos para aferir esta concorrência, ora considerados como inconstitucionais, visto que contrários à *ratio* constitucional acerca das licitações.

Se se continuar a eleger a subjetividade do serviço como uma premissa legítima para refutar a necessidade de feitura da licitação, realmente haverá ausência de competição, visto que é próprio do serviço intelectual ser *sui generis*. No entanto, posto que outros serviços igualmente subjetivos observam as regras licitatórias, razão não há para assim fazê-lo tão somente com os serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização. Ademais, a exigência constitucional obriga a feitura de licitação, quando viável.

É necessário que essa realidade jurídica mude para que haja “a exigência de critérios seguros e objetivos, não de aparências, para que o homem projete sua vida. No direito, eis o que postula a certeza jurídica”<sup>166</sup>.

Não se pode consentir com a afirmação de Marçal ao asseverar que “a dificuldade de se identificar a natureza singular de um certo serviço existe apenas para quem não dispõe de conhecimento mais profundo na área específica examinada”<sup>167</sup>, haja vista que a *quaestio juris* não reside em definir, tão só, se o serviço objeto de um contrato é difíssimo ao ponto de poder considerá-lo singular.

O cerne da questão reside em assegurar um procedimento equânime para todos os particulares que têm o intento de prestarem serviços à Administração Pública, conforme preceitua a Constituição Federal.

Com isso, beneficia-se não o particular, mas a Administração, em razão da concorrência, a qual tem o poder de promover a “redução dos preços e a elevação da

---

<sup>166</sup> VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 92.

<sup>167</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 420.

qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a administração”<sup>168</sup>.

Portanto, não basta saber a dificuldade do serviço, é necessário conferir a oportunidade de contratação com a Administração Pública a todos, conforme apregoa o texto constitucional, e não apenas aos notórios especialistas. E apenas por meio do processo licitatório é possível fazê-lo.

A título demonstrativo, observe-se que houve a realização de concurso público visando a selecionar o melhor projeto para construção do Plano Piloto de Brasília. À época, sagrou-se vencedor o projeto de Lúcio Costa. A respeito desse fato, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes comenta que “se o projeto para construção da Capital do Brasil foi escolhido mediante concurso, mostra-se verdadeiramente injustificável a reiterada seleção dos serviços enumerados no art. 13, por notória especialização”.<sup>169</sup>

Oportunas são as palavras de Joel de Menezes, o qual tece algumas críticas com relação aos critérios eleitos pelo legislador para considerar como inviável a competição. Diz ele: “quando os órgãos de controle iniciam a análise pela caracterização do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição”<sup>170</sup>.

Como Jorge Ulisses Jacoby bem notou em sua vasta experiência com a Administração Pública: “a definição das características pretendidas pela Administração não raro tem servido para estabelecer reservas de mercado, impróprias para um País que ostenta uma dívida social tão grande a ser resgatada, sem referir-se à manifesta afronta ao princípio da isonomia”<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60.

<sup>169</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 109.

<sup>170</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 583.

<sup>171</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 603.

### 3.2 Utilização da confiança como critério definidor da contratação direta

#### 3.2.1 Impessoalidade do órgão componente da Administração Pública

Atrelado à acima mencionada natureza eminentemente subjetiva – e singular – dos serviços prestados pelos particulares de notória especialização, encontra-se outro critério utilizado pelos doutrinadores, o qual supostamente daria ensejo à diferenciação entre os concorrentes e, assim, legitimaria a contratação direta de um deles. Trata-se do critério da confiança tida pelo administrador no prestador de serviços.

Sublinha Joel de Menezes Niebuhr<sup>172</sup> que “o agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considera mais apto para satisfazer o interesse público do que outros, valendo aí os seus traços pessoais”, e concluindo que “o grau de confiabilidade do agente administrativo no especialista é o fator determinante da contratação”<sup>173</sup>.

Perceba-se, no entanto, que há evidente incompatibilidade ao princípio da impessoalidade constante do art. 37 da Constituição Federal<sup>174</sup> –, ao dispor que o agente administrativo responsável pela contratação pode-se utilizar da confiança para prescindir da licitação, uma vez que ele se expressa por meio do órgão componente de alguma entidade que tenha obrigação constitucional de realizar a licitação.

Ora, confira-se a definição jurídica de órgão, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.”<sup>175</sup>

<sup>172</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p.187.

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>175</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 144.



Portanto, essa unidade básica da Administração Pública (órgão), em razão do princípio da impessoalidade que a rege, não possui – nem deve possuir – atributos emotivos, inerente às pessoas que compõem o órgão – e confiança, notadamente, é um exemplo de tal atributo. Isso porque esses indivíduos não falam em nome próprio, porém em nome da Administração Pública, por meio da abstração jurídica denominada órgão.

Não se está negando a atribuição dos órgãos de serem os mecanismos de comunicação dessas unidades mais básicas da máquina pública. Isto é, aos órgãos é permitido posicionar-se diante dos fatos, expressando a vontade da Administração Pública.

Porém, para fazê-lo, devem manter a imparcialidade regente da Administração Pública. Nesse compasso, a atribuição de posicionamentos eminentemente pessoais de seus agentes indubitavelmente fere o princípio da impessoalidade.

Em outras palavras, a confiança não é uma característica que pode ser conferida ao órgão, que não se confunde com as pessoas que o compõem. Tais pessoas não podem imiscuir-se na estrutura de desconcentração administrativa do Estado e, furtivamente, tomarem decisões sob o véu da impessoalidade.

Ora, fossem outros indivíduos compondo a estrutura administrativa da pessoa jurídica em questão, a confiança então expressada em favor de alguns profissionais poderia, notoriamente, ser orientada em benefício de outros. Portanto, não pode ser considerada como um critério bastante para promover a distinção entre os particulares.

Ou seja, houvesse outras pessoas compondo o quadro orgânico da Administração Pública, existiria uma mínima hipótese de o profissional que ora é considerado notório, não mais o ser? Caso seja positiva a resposta – e o é –, deve-se concluir, irremediavelmente, pela refutação da possibilidade de inviabilidade de competição com os demais (premissa básica para a contratação do profissional por notoriedade).

A licitação ambiciona, por meio de um procedimento objetivo, desvincular as escolhas públicas das predileções pessoais ou políticas das pessoas que compõem, momentaneamente, a estrutura administrativa.

Isto porque sempre se impõe que a propensão do Estado seja sempre sobrelevada. Então, as pessoas que integram a estrutura administrativa, enquanto operantes da função pública, não falam em nome próprio, mas em nome do órgão que compõem, razão pela qual ao órgão não podem ser atribuídas características humanas.

### *3.2.2 Afronta à segurança jurídica*

Ademais, utilizar-se da confiança como um critério objetivo para aferir a legitimidade em se escolher um prestador de serviço em detrimento do outro é colocar em risco a segurança jurídica, escopo maior da licitação, a qual fidedignamente procedimentalizou todas as etapas licitatórias, principalmente no intuito de promover a igualdade entre os concorrentes.

Ora, o caráter impalpável inerente à confiança faz com que não haja qualquer previsibilidade acerca de quem efetivamente deterá competência suficiente para preencher os requisitos necessários à consecução da atividade requisitada pelo poder público.

Com efeito, dada a subjetividade – que varia de sujeito para sujeito e o acompanha em sua individualidade – da supracitada exigência, posta como premissa para a contratação direta por inexigibilidade de licitação, ter-se-ia como possível a paradoxal situação de um prestador de serviço ser considerado como incomparável, intangível – como a doutrina costuma diferenciar o escolhido prestador de serviços contratado diretamente por inexigibilidade de licitação – em uma gestão política e, assim que trocada a pessoa com competência para fazer a seleção dos competidores, o mesmo prestador de serviço, anteriormente considerado intocável, agora não mais possuir competência sequer para participar de um certame com o fim de concorrer à vaga ofertada pela Administração Pública, mesmo que mantido incólume o cenário do mercado concorrencial e o objeto da situação.

Vê-se, aqui, um sofisma utilizado para legitimar condutas não condizentes com o princípio constitucional da moralidade administrativa. Conforme se ponderou no início deste trabalho, em razão desses entendimentos, ora considerados como não republicanos, inúmeros administradores ficam imunes à responsabilização civil, penal, administrativa e fiscal diante da multiplicidade de heréticos argumentos favoráveis à contratação direta, dentre eles o da confiabilidade.

Em verdade, é possível observar que o critério da confiança do administrador no prestador de serviços que legitima a contratação direta serve para rechaçar qualquer possibilidade de argumentação objetiva e lógica que vise repugnar tais atos discricionários – leia-se arbitrários. Nesse sentido, entende-se que tal método consubstancia-se, tão apenas, em uma forma para forjar uma pseudolicitude no procedimento realizado.

Com efeito, da forma como disposto pela doutrina, o interesse público está colocado em segundo plano, como se não fosse o objetivo maior a ser alcançado – o qual, ao menos em tese, deveria ser. A maior ênfase reside nos interesses particulares do administrador responsável pela escolha dos concorrentes, pouco importando se a confiabilidade é um pressuposto constitucionalmente hábil para aferir as reais e objetivas habilidades técnicas para a prestação dos serviços para os quais é contratado.

Ainda que seja difícil crer, é este um dos critérios utilizados pela mais balizada doutrina para fundamentar a contratação direta dos serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização: a existência de confiança entre o prestador de serviço e o responsável pela seleção dos particulares. Não há qualquer ponderação sobre como se aferir esta confiança, em verdadeira afronta à segurança jurídica dos administrados.

Não se está a adentrar, aqui, no imenso campo hipotético da lealdade ou de um promíscuo interesse particular do administrador em selecionar o candidato de sua preferência para executar o serviço necessário à Administração no referido momento.

Conclui-se que, qualquer que seja o intuito do referido administrador, ao dar-lhe tamanha discricionariedade, embasada em um sentimento pessoal objetivamente incomensurável, irrefutavelmente se está elegendo a vontade anímica do administrador como escopo maior em detrimento do interesse público, em contradição ao disposto na Carta Magna<sup>176</sup> e disciplinado na Lei 8.666/93<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

### ***3.3 Impossibilidade de se prever a priori pela inocorrência de competição e o conseguinte resultado de lesão ao princípio da vantajosidade***

Em continuação ao supradito, em que pese ser notória a impossibilidade de adentrar à inteligência de cada prestador de serviço e antever o resultado da licitação para comparar qual deles seria o mais apropriado para prestar os serviços, é possível inferir qual deles será o mais adequado, por meio de uma comparação entre seus objetivos atributos, únicos pressupostos de comparação capazes de, com isonomia, constitucionalmente aferir o prestador de serviço mais capacitado.

Antes de continuar, uma observação: é notório que, mesmo nos casos em que se procede à licitação – por meio da publicação do ato convocatório (edital ou convite) –, ainda ocorrem inúmeras irregularidades anticoncorrenciais, razão pela qual os editais são constantemente impugnados por particulares que se veem prejudicados pelas desarrazoadas exigências da Administração Pública. A esse respeito, confira-se:

“Na ânsia de evitar omitir regras necessárias, a Administração transforma os editais em amontoados de exigências inúteis, com formalismos desarrazoados e requisitos meramente ritualísticos. Muitas vezes, os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. Isso é um despropósito, eis que a atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pelos princípios constitucionais próprios.”<sup>178</sup>

Nesse sentido, o que dizer, então, das hipóteses nas quais o particular é diretamente contratado pelo administrador sem a feitura de um procedimento que assegure a isonomia? De fato, se no próprio procedimento público que assegura a isonomia são encontradas anomalias, não restam dúvidas de que na contratação direta o mesmo ocorre – em proporções ainda maiores.

De qualquer sorte, é o procedimento licitatório o meio mais adequado para a Administração Pública resguardar seus interesses. Ademais, somente se procedendo à licitação será possível ao administrador público averiguar se há, eventualmente, um real descompasso técnico entre os competidores. Conforme salientou Marçal, “a viabilidade de

---

<sup>178</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 608.

competição não pode ser avaliada apenas em face da necessidade estatal, mas também depende da verificação do mercado”<sup>179</sup>.

Nesse sentido, não se considera razoável – nem é uma exigência do hodierno procedimento jurídico – exigir do administrador público que tenha uma completa noção do atual mercado de trabalho para que possa inexigir a licitação com a plena convicção da certeza de seu diagnóstico.

Por ser cognoscivelmente impossível ao administrador ter plena consciência do atual mercado de trabalho – em virtude dos inúmeros profissionais que deságuam nele e se aperfeiçoam constantemente – não se pode admitir que a sua escolha, feita a partir de uma leitura parcial desse cenário, será a melhor para o interesse público.

Apenas é possível ao administrador isonomicamente definir o suposto notório especialista, por meio do correto diagnóstico do cenário do mercado de trabalho, por meio de licitação pública e consequente possibilidade de cotejo dos gabaritos dos concorrentes.

A contratação direta do profissional pode – e com certeza irá – ocasionar lesão ao interesse público, pois: i) pode ser contratado um profissional que não se distinga técnica e notoriamente dos não escolhidos, ao menos não ao ponto de se afastar a hipótese da licitação<sup>180</sup>; e ii) principalmente, o gasto público decorrente da contratação, sem dúvida, será desproporcionalmente desvantajoso à Administração Pública, pois demandará um alto valor pecuniário.

Isto porque, ao não se proceder à licitação, também se está abdicando de um processo de competição que fatalmente elevaria a qualidade das ofertas e, de forma simultânea, diminuiria os gastos do erário<sup>181</sup>. O macroprincípio da indisponibilidade do interesse público – que engloba a seleção de uma proposta mais vantajosa tendo-se por premissa a maior economicidade para o poder público – fica, indubitavelmente, debilitado, visto que é inexorável o maior dispêndio do setor público ao contratar diretamente um particular em detrimento da feitura do procedimento licitatório.

---

<sup>179</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 420.

<sup>180</sup> Isto é, admitindo-se a premissa de que cada um é subjetivamente distinto.

<sup>181</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60.

Ora, conforme já salientado anteriormente, a licitação tem por propósito imediato obter o melhor serviço gastando o menos possível. Portanto, é nesse binômio que reside o que de melhor espera a Administração Pública: qualidade-custo.

Não há dúvidas quanto à predileção da Administração Pública à qualidade quando contrata diretamente. Isto é, ela faz a opção por pagar mais – bem mais – por um serviço considerado como o melhor. Porém, indaga-se: haveria necessidade de se contratar um profissional de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização, se outro, com gabarito igualmente invejável, fosse capaz de cumprir com o mesmo desiderato licitatório?

O ponto a que se quer chegar é a desproporcionalidade decorrente da contratação direta de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização. Há um desperdício público expressivo – decorrente da inexistência de competição – por parte da Administração Pública na contratação desse profissional (aspecto quantitativo); todavia, o serviço prestado (aspecto qualitativo) é matematicamente inauferível, uma vez que não há como se avaliar o custo-benefício do mesmo à Administração, ante a peculiaridade de todos os profissionais que compõem o ramo profissional do contratato, os quais poderiam prestar um serviço igual ou muito melhor, porém – com certeza – mais barato.

Ou seja, enquanto é certo o elevadíssimo dispêndio público<sup>182</sup> com a contratação direta de um profissional de serviço técnico de notória especialização, a sua efetiva contribuição *sui generis* é incerta, além de anti-isonômica, pois parte do pressuposto de que seu concorrente não seja capaz de prestar um serviço tão profissional quanto.

Com relação à supramencionada ofensa ao princípio da proporcionalidade, importante assentar que o próprio Marçal diz que ele “disciplina a realização conjunta, harmônica e concomitante dos (demais) princípios jurídicos. A interpretação não

---

<sup>182</sup> A despesa do Poder Executivo com contratos firmados com base na contratação direta por inexigibilidade de licitação entre os anos de 2003 a 2008 girou em torno de dois a cinco bilhões de reais. Conferir em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 173.

proporcionada infringe indevidamente um valor ou princípio consagrado pela ordem jurídica”<sup>183</sup>.

### ***3.4 Ausência de oferta laboral dos notórios especialistas às demandas da Administração***

Outro argumento – talvez o mais exótico deles – utilizado para justificar a contratação direta dos serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização, versa sobre uma suposta indisposição dos notórios especialistas, fato este que os impossibilitaria de participar do certame licitatório.

A respeito dessa justificativa para contratação direta, confira-se o magistério de Joel de Menezes Niebuhr:

“Além da irremediável subjetividade para a seleção do especialista a ser contratado pela Administração, convém ressaltar que, em muitos casos, mesmo que se insistisse em realizar a licitação pública, os especialistas altamente qualificados não se dispõem a participar do certame, pelo que se supõe justificar a inexigibilidade. Ora, como os especialistas realmente afamados não se interessam por disputar abertamente contratos, dado o nível de notoriedade que logram, se a Administração pretender contratar um deles, a licitação pública não se revelará um meio hábil. É que eles não procuram clientes, mas os clientes é que os procuram. Portanto, se a Administração quiser ser um dos clientes, que os procurem, por eles não a procurarão e, tampouco – o que é ainda mais remoto – se dispõem a participar de licitação pública, disputar contrato.”<sup>184</sup>

Aliado a Joel de Menezes, encontra-se Marçal, o qual pondera que esses “particulares em condições de satisfazer a necessidade da Administração Pública não se dispõem a participar de uma competição de natureza licitatória”<sup>185</sup>;

De fato, está-se diante de argumentos, no mínimo, poucos razoáveis, visto que procuram justificar a não realização de licitação, procedimento isonômico máximo determinado pela Constituição, em razão do ego dos profissionais técnicos e especializados.

<sup>183</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 71.

<sup>184</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 187-188.

<sup>185</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60.

Na verdade, a Administração Pública não tem por objetivo agradar os particulares com quem contrata. A sua competência é a instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja a de garantir a isonomia entre os administrados e conceder-lhes iguais condições.

Nesse compasso, não se vê legitimidade em se eleger como critério autêntico para justificar a inoccorrência de licitação a indisposição dos renomados especialistas. Afirma-se que tais especialistas não teriam interesse em participar da competição que o seu país erigiu como o critério mais imparcial para eleger o particular em melhores condições de satisfazer as necessidades da máquina pública, sob a fundamentação de que tais profissionais não procuram clientes, mas os clientes é que os procuram<sup>186</sup>.

Sinceramente, tais profissionais, por mais alto que seja o seu status, devem ser submetidos às mesmas regras que os outros profissionais – também altamente qualificados – passam. Essa justificativa faz vir à tona, talvez, a máxima existente no Brasil de que “a lei não vale para todos”, isto é, quem tem mais poder financeiro, social ou político nunca será submetido às mesmas regras que os demais.

De fato, tais especialistas renomados não procuram fazer parte do certame licitatório porque essa não é a realidade brasileira, pois sempre que um serviço é necessário e é considerado técnico especializado, os notórios especialistas são contatados diretamente por algum administrador.

A partir do momento em que se admitir a concorrência para tais profissionais, e a lei compeli- que haja um certame isonômico, haverá demanda para preenchimento da vaga ofertada. Ora, não é possível antever o resultado de quem realmente se proporia a participar do certame; apenas realizando-o para ter certeza a respeito.

Em que pese admitir sem hesitação que não necessariamente todos os considerados como notoriamente especializados deverão participar, não há dúvida de que a Administração Pública seria municiada por diversos concorrentes cujos currículos e cuja expertise não deixariam a desejar.

---

<sup>186</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 187-188.



As possibilidades de agregar ao procedimento licitatório os profissionais notoriamente especializados são inúmeras, que deverão ser debatidas em outra oportunidade. De qualquer forma, dúvida não resta de que essa justificativa para não se proceder à licitação vai de encontro aos princípios que a regem, afinal, Celso Antônio Bandeira de Mello muito bem define que “o princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados”<sup>187</sup>.

### ***3.5 Projeto de Lei nº 59/1992 da Câmara dos Deputados – objeções à contratação direta para serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização***

Fruto de longo debate legislativo, a lei infraconstitucional frequentemente utilizada neste trabalho – a Lei 8.666/93<sup>188</sup> –, a qual traz o instituto que se impugna, foi publicada no Diário Oficial da União apenas em 21.06.1993. No entanto, os trabalhos legislativos destinados à sua realização iniciaram-se tempos antes.

Em 16.12.1992, o então Senador Pedro Simon relatou um substitutivo ao projeto inicial que se iniciara na Câmara dos Deputados para a regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Na Câmara, o referido substitutivo recebeu a numeração nº 59 – Projeto de Lei nº 59/1992<sup>189</sup> – e a ele se propuseram algumas emendas para a disciplina do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, com a instituição de outras normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Já naquela época era notória a relevância da matéria ora em questão, a qual, ao regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, instituiu o regramento das licitações, como bem ponderou o Relator nas declarações iniciais do PLC nº 59/92:

<sup>187</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 542-543

<sup>188</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>189</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. PLC nº 59/92. Substitutivo proposto no Senado Federal ao projeto originário iniciado na Câmara dos Deputados. Relator(a): Senador Pedro Simon. Brasília, 16 de dezembro de 1992. Teor do projeto disponível apenas no arquivo do Senado Federal. Processo legislativo do PLC nº 59/92 disponível na internet. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=20800](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20800)>. Acesso em 18 mar. 2014. (anexo A)

“Trata-se, como se vê, de matéria do mais alto interesse do País, essencialmente nesta quadra da vida nacional, em que o emprego de recursos públicos tem sofrido a ação deletéria de pessoas e grupos que a Imprensa tem noticiado como causadores de imensos prejuízos, não só do ponto de vista econômico, como no aspecto da moralidade pública.”<sup>190</sup>

Passados mais de vinte anos da proposição do Projeto e da supramencionada exposição da alarmante situação ético-econômica brasileira, o cenário nacional não parece ter se comovido o bastante para tomar posturas capazes de alterar essa promíscua relação com os recursos públicos.

Dentre a imensidão de propostas feitas pelo então Senador no substitutivo – o qual contemplou nada menos que 92 (noventa e duas) emendas ao projeto original da Câmara dos Deputados – encontram-se algumas emendas que coincidem com a proposta deste trabalho.

Dentre elas, a Emenda nº 18 – que tratou a respeito do artigo 13, § 1º, da atual Lei de Licitações<sup>191</sup>, sobre os serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização – afastou a hipótese de contratação direta nesses casos. Confira-se:

“PARECER

Considerando que o Substitutivo não contemplou a prestação de serviços técnicos profissionais especializados, como regra de dispensa<sup>192</sup> de licitação, nosso parecer é pela prejudicialidade da Emenda.”<sup>193</sup>

De igual forma concluiu o Projeto em referência (isto é, pela refutação de contratação direta) na Emenda nº 46, a qual, ao tratar do art. 25, inciso II<sup>194</sup>, disciplinava a

<sup>190</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. PLC nº 59/92. Substitutivo proposto no Senado Federal ao projeto originário iniciado na Câmara dos Deputados. Relator(a): Senador Pedro Simon. Brasília, 16 de dezembro de 1992. Teor do projeto disponível apenas no arquivo do Senado Federal. Processo legislativo do PLC nº 59/92 disponível na internet. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=20800](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20800)>. Acesso em 18 mar. 2014. (anexo A)

<sup>191</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>192</sup> O termo “dispensa” utilizado no parecer refere-se à prescindibilidade de realização da licitação, e não ao instituto da dispensa de licitação, ainda hoje presente no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>193</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. PLC nº 59/92. Substitutivo proposto no Senado Federal ao projeto originário iniciado na Câmara dos Deputados. Relator(a): Senador Pedro Simon. Brasília, 16 de dezembro de 1992. Teor do projeto disponível apenas no arquivo do Senado Federal. Processo legislativo do PLC nº 59/92 disponível na internet. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=20800](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20800)>. Acesso em 18 mar. 2014. (anexo A)

<sup>194</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

contratação direta de serviços técnicos prestados por profissionais ou empresas de notória especialização:

“PARECER

Tendo em conta que o Substitutivo não contemplou a contratação de serviços técnicos especializados com despesa [sic]<sup>195</sup> de licitação ou inexigibilidade, somos pela prejudicialidade da presente Emenda.”<sup>196</sup>

Por fim, importante fazer menção ao parecer da Emenda nº 71, que versava sobre uma hipótese de dispensa de licitação:

“PARECER

O sentido geral da proposição é a de restringir as hipóteses da dispensa e de inexigibilidade, daí por que, com as nossas escusas, opinamos pela rejeição da Emenda.”<sup>197</sup>

Portanto, como se pôde ver, era notória a existência de dissenso, já àquela época, com relação ao instituto de contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização. Encontrando-se este instituto sedimentado em nosso ordenamento até os dias atuais, percebe-se que tal questão restou superada, não mais se discutindo acerca da eficiência (o que se dizer, então, da legalidade) do instituto em questão.

Ademais, em que pese o presente trabalho residir sobre a inconstitucionalidade do instituto da inexigibilidade de licitação para os serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização, isto é, ser fruto de um trabalho hermenêutico, de caráter eminentemente jurídico, a existência de vontade política convergente revela a importância do tema, conjugando à relevância jurídica o interesse político-social.

---

<sup>195</sup> Presume-se que a intenção legislativa foi de dizer “dispensa” e não “despesa”.

<sup>196</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. PLC nº 59/92. Substitutivo proposto no Senado Federal ao projeto originário iniciado na Câmara dos Deputados. Relator(a): Senador Pedro Simon. Brasília, 16 de dezembro de 1992. Teor do projeto disponível apenas no arquivo do Senado Federal. Processo legislativo do PLC nº 59/92 disponível na internet. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=20800](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20800)>. Acesso em 18 mar. 2014. (anexo A)

<sup>197</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. PLC nº 59/92. Substitutivo proposto no Senado Federal ao projeto originário iniciado na Câmara dos Deputados. Relator(a): Senador Pedro Simon. Brasília, 16 de dezembro de 1992. Teor do projeto disponível apenas no arquivo do Senado Federal. Processo legislativo do PLC nº 59/92 disponível na internet. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=20800](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20800)>. Acesso em 18 mar. 2014. (anexo A)

De qualquer forma, mostra-se imprescindível este aspecto histórico na medida em que comprova que a questão de direito ora debatida não é blindada de críticas, nem mesmo era quando de sua proposição. Destarte, após mais de vinte anos de promulgação da lei e vigência das regras, a comunidade jurídica encontra-se amadurecida quanto às falibilidades da lei – apta, portanto, para combatê-las. Dentre as inúmeras incorreções, este trabalho aponta a constante do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93<sup>198</sup>. Deve, portanto, esse instituto – e todos os artigos que o congregam – ser declarado inconstitucional.

### **3.6 Análise jurisprudencial**

#### *3.6.1 Considerações acerca da Súmula 39/2011 do Tribunal de Contas da União*

Além de todas as críticas já feitas à balizada doutrina que justifica a existência e manutenção do instituto da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização, cumpre também refutar a Súmula 39/2011 do Tribunal de Contas da União (TCU) que, por meio dos diversos argumentos, procura fundamentar e dar guarida a este instituto.

A Súmula nº 39/2011 do TCU assim dispõe:

“A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.”<sup>199</sup>

Ocorre que o “grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação” é demasiadamente amplo, na medida em que a supracitada lei de licitações limita-se (expressão utilizada pelo próprio legislador) a expor, em seu art. 30<sup>200</sup>, apenas alguns requisitos mínimos para determinar a qualificação técnica do profissional a ser contratado.

<sup>198</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>199</sup> BRASIL. Súmula n. 39 do Tribunal de Contas da União, de 2011. Disponível em:

<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 7 dez. 2013.

<sup>200</sup> “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:” BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 7 dez. 2013.

Portanto, da forma como disposta a súmula, tem-se a lei de licitações estipulando o mínimo exigido para que se possa concorrer à licitação e, afora essas ínfimas hipóteses – miserabilidade legislativa proposital, diante do princípio da isonomia, o qual objetiva propiciar a maior concorrência entre os participantes –, há o cabimento da utilização do instituto da inexigibilidade, por suposta falta de competição.

Em verdade, interpretar dessa forma é o mesmo que subverter a sistemática do procedimento licitatório, passando a admitir maiores possibilidades de inexigibilidade de licitação em detrimento da feitura da licitação. Isto é, tornar a regra exceção e vice-versa.

Nessa linha de raciocínio, observe-se que o entendimento sumular destoa do que assevera a Constituição ao impor a obrigatoriedade de licitação como regra. Enquanto a súmula prega o cabimento da inexigibilidade em todas as hipóteses que a lei (a qual, propositadamente, pouco versou sobre o tema) não for capaz de conferir critérios objetivos para aferir a notória especialização, a Constituição determina que o procedimento licitatório seja obrigatório, assim como as leis infraconstitucionais, as quais, ratificando o disposto na Carta Magna, fazem ressalvas específicas quanto às hipóteses de contratação direta, tratando-as como exceções, e não como regra.

Isto é, a Súmula nº 39 do TCU<sup>201</sup> subverte o disposto na Constituição e consequentemente a contraria, ao não dar interpretação conforme a ela.

Isto porque o propósito constitucional é a realização da licitação como regra – presumindo-se a concorrência –, admitindo excepcionalmente as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Todavia, tais exceções não permitem, em hipótese alguma, presumir a ausência de competição tão somente porque não é possível aferi-la por critérios objetivos determinados na Lei 8.666/93, que propositadamente versou sobre o tema de forma mísera, com o intuito de não desrespeitar o regramento constitucional.

Ora, sobre esse assunto, Joel de Menezes Niebuhr é claro ao asseverar que os “agentes administrativos e jurídicos, na atividade de intérprete do enunciado jurídico que autoriza a contratação direta, devem sempre almejar o sentido que restringe a incidência da

---

<sup>201</sup> BRASIL. Súmula n. 39 do Tribunal de Contas da União, de 2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 7 dez. 2013.

hipótese, a fim de prestigiar o comando constitucional”<sup>202</sup>. Nesse sentido, o referido comando dirige-se à necessária feitura do procedimento licitatório e, apenas em situações excepcionais, permite-se a sua inocorrência.

A partir do momento, então, que o rol de possibilidades legítimas de se prescindir à licitação supera as hipóteses de necessariamente se proceder a sua feitura, há em verdade uma deturpação principiológica para a qual a norma foi criada: resguardar a isonomia da concorrência e apenas prescindir de um procedimento formal que regule esta competição quando for faticamente impossível de outra forma agir.

Ocorre que, mesmo seguindo rigorosamente o estipulado pela Constituição e pela lei no que concerne à inexigência do processo licitatório – o que não é o que vem acontecendo na realidade prática, diga-se –, resvala-se em outra problemática, a qual foge da cognição humana *a priori*, qual seja, a de exigir do administrador público que tenha plena consciência da realidade atual do mercado de trabalho e inexija a licitação com base nessa convicção de que não existem competidores.

Isto porque a fugacidade do mercado de trabalho e o constante despejo de novos profissionais nessa área faz com que não seja possível ao administrador público antever as reais condições com as quais se está trabalhando, em um juízo *a priori*, conforme salientado no tópico anterior.

Portanto, apenas por meio da feitura de um procedimento licitatório é possível aferir-se a realidade e, definitivamente, concluir qual dos competidores cumpre fidedignamente com todos os requisitos da lei, que não são apenas qualitativos (especialização do profissional), mas também quantitativos (valor a ser despendido), sempre almejando o melhor custo-benefício ao erário.

### 3.6.2 Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado a contratação direta de profissionais notoriamente especializados de forma constitucional e legal, diversamente do defendido neste trabalho.

---

<sup>202</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17.

A análise de alguns recentes votos indica que há uma oscilação no entendimento dos magistrados (juízes, desembargadores e ministros) a respeito do real substrato da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados, provavelmente em razão da própria extrema subjetividade do instituto.

Essa interpretação díspar, no entanto, entre os órgãos responsáveis por dizer o direito, gera, mais do que uma insegurança jurídica aos jurisdicionados, desordem social. Afeta, ainda, por via reflexa, a credibilidade do Poder Judiciário.

No REsp 1377703/GO<sup>203</sup>, o Superior Tribunal de Justiça condenou por improbidade administrativa dois escritórios de advocacia que firmaram com o poder público – Estado de Goiás – contrato sem a feitura do necessário procedimento licitatório.

Mesmo tendo sido flagrante a ilegalidade de postura das partes que compuseram o processo em referência, o êxito da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de Goiás só ocorreu quando o ministro Herman Benjamin pediu vista do processo e proferiu voto divergente ao da relatora, ministra Eliana Calmon.

Reitera-se: não foi apenas o voto da ministra Eliana Calmon que julgara – equivocadamente – lícita a conduta das partes. Tanto o magistrado de 1º grau quanto os desembargadores do Tribunal de Justiça de Goiás confirmaram a suposta licitude das partes ao contratar diretamente. Destacam-se os seguintes tópicos do acórdão do STJ, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR PRESTADO POR PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO.

[...]

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS (JURÍDICOS) E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

6. De acordo com o disposto nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993, a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que

<sup>203</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

caracterizam serviço técnico profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação.

7. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

#### AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO CONTRATADO

8. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação.

9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado.

10. Ora, todo e qualquer ramo do Direito, por razões didáticas, é especializado. Nos termos abstratos definidos no acórdão recorrido, qualquer escritório profissional com atuação no Direito Civil ou no Direito Internacional, por exemplo, poderia ser considerado especializado.

11. Deveria o órgão julgador, por exemplo, indicar: a) em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica; e b) a singularidade no modo de prestação de seus serviços – apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados.

12. É justamente nesse ponto que se torna mais flagrante a infringência à legislação federal, pois o acórdão hostilizado não traz qualquer característica que evidencie a singularidade no serviço prestado pelas sociedades de advogados contratadas, ou seja, o que as diferencia de outros profissionais a ponto de justificar efetivamente a inexigibilidade do concurso.

13. Correto, portanto, o Parquet ao afirmar que "Há serviços que são considerados técnicos, mas constituem atividades comuns, corriqueiras, sem complexidade, ainda que concernentes à determinada área de interesse. Assim, nem todo serviço jurídico é necessariamente singular para efeito de inexigibilidade de licitação". Friso uma vez mais: não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma generalizada assessoria jurídica.

14. É pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida.

15. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477.

#### ILEGALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE REMUNERAÇÃO

16. Merece destaque, ainda, a informação de que os contratos contêm cláusulas que preveem a remuneração estipulada em percentual sobre os tributos cuja cobrança a contratante Celg consiga anular ou, em outras bases, cuja restituição seja reconhecida judicialmente (disposições que verdadeiramente transformam o escritório em sócio do Erário).



17. A licitude dessa modalidade específica de remuneração requer valoração individual, pois somente a ponderação das circunstâncias de cada caso é que poderá evidenciar a afronta aos princípios da Administração.

18. Relembre-se que, conforme Memorial do Estado de Goiás, o contratado Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C já ajuizou Execução dos honorários para pleitear o pagamento de R\$ 54.000.000,00 (cinquenta e quatro milhões de reais). O elevadíssimo valor em cobrança – não estou aqui a discutir se os serviços foram ou não prestados –, acrescido das ponderações acima, somente corrobora o quão prejudicial para a Administração Pública foi a contratação dos serviços sem a observância à instauração do procedimento licitatório.

(omissis)

#### DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

23. De acordo com o exposto, a contratação de escritórios profissionais de advocacia sem a demonstração concreta das hipóteses de inexigibilidade de licitação (singularidade do serviço e notória especialização do prestador), acrescida da inserção de cláusulas que transformam o prestador de serviço em sócio do Estado, negam aplicação ao art. 37, caput, e inciso XXI, da CF/1988.

#### DISPOSITIVO DO VOTO-VISTA

24. Com as homenagens devidas à eminente Relatora, sempre brilhante, conheço e dou provimento ao Recurso Especial para reconhecer a violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993 e do art. 11 da Lei 8.429/1992 e enquadrar a conduta dos recorridos em ato de improbidade por ofensa do dever de legalidade e atentado aos princípios da Administração Pública. Determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para que sejam fixadas as penas, assim como as verbas de sucumbência.

(REsp 1377703/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 12/03/2014)”<sup>204</sup>

Inegavelmente percuciente o acórdão supraementado. Veja, inclusive, que o próprio STJ admitiu a disciplina constitucional da matéria.

Importante fazer remissão a excertos do voto para demonstração da divergência de entendimentos jurisprudenciais a respeito da inexigibilidade de licitação. Conforme explica o acórdão, assim anunciou a sentença:

“Através dos Pareceres Jurídicos nºs: 090/2002 (fls. 34/36), 055/2003 (fls. 484/489) e 062/2003 (fls. 490/495), a Superintendência Jurídica da CELG expressou confiança na contratação das firmas Carneiro e Nogueira Advogados Associados e Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C, quer por suas notórias especializações, quer por restar comprovada experiência em

<sup>204</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

causas de natureza pretendida, conforme restou demonstrado na farta documentação colacionada aos autos.”<sup>205</sup>

Perceba que o magistrado de primeiro grau flagrantemente atribui à Superintendência Jurídica da CELG, órgão que compõe a pessoa jurídica em comento, atributos de personalidade – em evidente incompatibilidade ao princípio da impessoalidade constante do art. 37 da Constituição Federal<sup>206</sup> –, ao dispor que o órgão “expressou confiança na contratação” das empresas.

No entanto, conforme já supradefendido, o órgão – unidade básica da Administração Pública –, em razão do princípio da impessoalidade que o rege, não possui atributos emotivos, inerente às pessoas que compõem o órgão – e confiança, notadamente, seria um exemplo de tal atributo. No entanto, esses indivíduos não falam em nome próprio, porém em nome da Administração Pública, por meio da abstração jurídica denominada órgão.

Então, o que se percebe – de forma inconstitucional – é a adoção apenas superficial da teoria do órgão: diz-se que o órgão “Superintendência Jurídica da CELG” (como no exemplo utilizado) tomou uma determinada decisão, porém com base nos atributos pessoais das pessoas que o compõem (confiança em certo profissional). Ou seja, apenas a nomenclatura dada ao setor responsável pela tomada de decisão é com base na teoria do órgão<sup>207</sup>, contudo os atributos desse órgão são deturpados por meio de características humanas – qualidade que um órgão não possui ou, pelo menos, não deveria possuir.

Essa dedução – da superficial aplicação da teoria do órgão – fica clara quando o magistrado de 1º grau menciona na sentença que o “requisito subjetivo da confiança”<sup>208</sup> foi preponderante para declarar a inexigibilidade de licitação como escorreita. Há, em verdade, verdadeira afronta ao princípio da impessoalidade.

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>206</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>207</sup> Isto é, não se disse que Fulano ou Ciclano confiavam nos profissionais, mas que a Superintendência Jurídica da CELG o fazia.

<sup>208</sup> “Atendido também o requisito subjetivo da confiança a Diretoria Executiva da empresa, nos termos dos poderes que lhe foram atribuídos, decidiu declarar a inexigibilidade da licitação em processo administrativo escorreito, como já demonstrei anteriormente.”

Confira-se, ainda, a *ratio decidendi* do Tribunal de Justiça de Goiás, conforme relatado no acórdão do STJ, que julgou, em consonância ao magistrado *a quo*, a improcedência da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de Goiás:

“Aliado a isso, tem-se as seguintes informações: inexistência no quadro jurídico da Celg de profissionais especializados na área previdenciária (f. 39), o valor vultoso dos processos relacionados, superior a R\$ 20.146.000,00 (fl. 40) e as notícias de reiterados sucessos em processos semelhantes prestados pelo escritório contratado (fls. 56/64).”<sup>209</sup>

Perceba-se a flagrante má aplicação do direito: nenhuma das fundamentações utilizadas pelo TJ/GO são legalmente válidas, pois:

a) a inexistência de profissionais no âmbito da Administração Pública não é um óbice à realização da licitação. Muito ao contrário, esta é um pressuposto para sua ocorrência. Afinal, se a Administração Pública tiver meios para realizar seu múnus público sem a necessidade de contratar terceiros, assim deverá fazer;

b) a vultosidade do valor envolvido não é um pré-requisito para inexigir a licitação, isto é, declarar a ausência de competição. Aliás, torna-se ainda mais necessário o procedimento licitatório quando o valor pecuniário envolvido na contratação é alto, haja vista o maior risco ao erário público. Inclusive, é prescindível a licitação exatamente nos casos contrários, isto é, casos nos quais o valor envolvido é menor (v.g., art. 24, inciso I, da Lei 8.666/93)<sup>210</sup>; e

c) por fim, o último critério utilizado para justificar a contratação direta por inexigibilidade de licitação consistiu nas “notícias de reiterados sucessos em processos semelhantes prestados pelo escritório contratado”. Ocorre que o êxito profissional de um prestador de serviços não enseja a inviabilidade de competição.

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>210</sup> “Art. 24. É dispensável a licitação: I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;” BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

Portanto, não pode ser um requisito discriminante entre os demais profissionais, afinal os outros prestadores de serviços podem ser tão vitoriosos quanto – ou até mais. Resumindo, não há inviabilidade de competição tão somente por o escritório escolhido ter sido vitorioso na maioria das causas pretéritas.

O Ministro Herman Benjamin finalizou seu voto de forma lúcida:

“De acordo com as ponderações acima, a contratação de escritórios profissionais de advocacia sem a demonstração concreta das hipóteses de inexigibilidade de licitação (singularidade do serviço e notória especialização do prestador), acrescida da inserção de cláusulas que transformam o prestador de serviço em sócio do Estado, implica transgressão aos princípios da legalidade e da moralidade, além da obrigatoriedade, em regra, da licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações por parte da Administração Pública (art. 37, caput, e inciso XXI, da CF/1988).”<sup>211</sup>

Em sentido contrário entendeu o STJ no REsp 1192332/RS<sup>212</sup>, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(omissis)

3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

<sup>211</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>212</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.
5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).
6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.
7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa. (REsp 1192332/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013)”

Nesse acórdão acima transcrito tem-se situação inversa à do primeiro caso analisado: a instância judiciária de 1º grau condenou as partes envolvidas por improbidade administrativa (em razão da ilegalidade em se contratar diretamente por inexigibilidade de licitação), o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou o entendimento da sentença, e o STJ, entendendo em sentido diverso, absolveu os réus.

Dentre as razões de decidir do magistrado sentenciante, destaca-se:

“Os fatos de Élbio ter desempenhado a função de Procurador do Município de Santa Vitória do Palmar por sete ou oito anos e ter acompanhado a comissão que elaborou os levantamentos para a prestação de contas para o município que se instalava (não impugnados pelo autor), por si só, não autorizam que se afirme que era inviável a competição para executar o objeto do contrato entabulado com ele. Isso porque os serviços contratados (previstos na cláusula segunda do contrato 005/97, fl. 43) são comuns à Administração Pública. Nesse sentido foi o relatório do Tribunal de Contas (fls. 109/129), no qual constou: ao se examinar o objeto da contratação, depara-se com um elenco de temas que praticamente afeta, de forma permanente, toda a Administração, descaracterizando a inviabilidade de competição como causa da incidência da regra exceptiva de dever de licitar com base no art. 25, II, da Lei 8.666/93.”<sup>213</sup>

<sup>213</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

Ademais, refutou-se a licitude da contratação direta com o seguinte argumento:

“Por outro lado, segundo os informes do processo, Élbio nunca participou da organização de um novo município. Dessa forma, se foi entendido que ele tinha condições de realizar o trabalho porque foi Procurador do Município-Mãe, é imperioso que, aplicando-se o mesmo raciocínio, entenda-se que qualquer outro Procurador de Município teria condições de exercer o encargo.

Tendo em vista que, consoante o site [www.cultura.gov.br](http://www.cultura.gov.br), o estado do Rio Grande do Sul tem 496 municípios, conclui-se ser grande o número de pessoas, em tese, aptas para o serviço almejado.”<sup>214</sup>

Confira-se, ainda, o excerto da decisão que ratifica os termos já defendidos neste trabalho acerca da impossibilidade de o administrador público prever *a priori* pela ausência de competição:

“Por outro lado, é possível que o currículo de Élbio seja o da pessoa mais indicada para atender ao objeto do contrato. No entanto, é inviável que se chegue a tal conclusão sem a possibilidade de comparar com outros currículos, como aconteceu.”<sup>215</sup>

Com relação à vantajosidade econômica da feitura do procedimento licitatório e, por sua vez, em sentido contrário, a respeito do malefício ao erário público ao se contratar diretamente, salientou a sentença:

“A realidade é que, se tivesse acontecido a licitação, haveria a possibilidade de eventuais interessados concorrerem à vaga, sendo que inclusive seria possível o interesse por parte de profissionais de outros municípios, uma vez que o salário oferecido (R\$ 4.300,00) é muito bom, inclusive para a nossa realidade atual. Lembre-se que tal valor foi pago por serviços prestados há dez anos!”<sup>216</sup>

Não obstante a confirmação do entendimento por meio do acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o STJ – diga-se, de forma desarrazoada –

<sup>214</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>215</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>216</sup> Ibidem.

entendeu que estava configurada a inviabilidade de competição, atestando a legalidade da contratação direta. Confira-se excerto do acórdão:

“Em que pese os argumentos esposados pelo Juiz de Primeiro Grau e pelo Tribunal de origem, entende-se, na verdade, ser impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.”<sup>217</sup>

Note-se que a argumentação trazida – inviabilidade de competição atestada pela natureza personalíssima e singular dos serviços – fundamentaria a inviabilidade de competição para qualquer serviço prestado por advogado, fato este não confirmado pela Lei 8.666/93<sup>218</sup>, a qual previu modalidades licitatórias para serviços como os advocatícios, como igualmente fez a Constituição, a qual impôs a licitação como procedimento ordinário, ressalvadas raras situações.

A respeito da impossibilidade de crítica a respeito do valor conferido a título de honorários a serem pagos, assentou o STJ:

“Ademais, não há elementos nos autos que atestem o suposto excesso e discrepância na remuneração pactuada, ressaltando-se, ainda, ser inviável valorar se aludida remuneração encontra-se discrepante do valor de mercado; e assim é porque, a aferição do valor pago ao advogado para prestação de serviços de assessoria jurídica ao Município pauta-se em critérios subjetivos – confiança, singularidade dos serviços –, não havendo como extrair critérios objetivos para quantificar a remuneração por esses serviços, de natureza intelectual.”<sup>219</sup>

Perceba que quando se assenta “ser inviável valorar se aludida remuneração encontra-se discrepante do valor de mercado”, o STJ está, em verdade, negando aplicação à Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, que assegura – como a Constituição Federal o

<sup>217</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>218</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)> Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

faz em seu art. 5º, inciso XXXV – a apreciação de qualquer ilegalidade pelo Poder Judiciário. Referida súmula do STF e artigo da Constituição assim dispõem:

“Súmula 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”<sup>220</sup>

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(omissis)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”<sup>221</sup>

Ademais, nos exatos termos como pontuados pelo supracitado excerto acórdão do STJ, está-se novamente defendendo que seria impossível licitar qualquer serviço advocatício.

Mais: está-se asseverando serem inconstitucionais – em razão do tratamento anti-isonômico – os concursos (modalidade licitatória) destinados à contratação de profissionais que visem prestar serviços esporádicos à Administração Pública, além dos concursos públicos (modalidade de ingresso perene na Administração Pública) destinados aos advogados que desejam compor a máquina pública, uma vez que a Administração Pública paga, igualitariamente, os inúmeros advogados de mesma hierarquia funcional que compõem seu aparato sem levar em consideração sua subjetividade, a confiança repassada por cada um e a singularidade de cada serviço.

Portanto, conforme defende o *decisum* do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, seria inconstitucional, até mesmo, a eleição de um patamar salarial igualitário para remunerar profissionais subjetivamente distintos.

Por fim, cabe ainda debater a respeito da seguinte conclusão do acórdão exarado pelo STJ:

<sup>220</sup> BRASIL. Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

<sup>221</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2014.



“Na hipótese em análise, restou incontroverso que os serviços foram prestados, não havendo que se falar, portanto, em restituição dos valores recebidos pelo recorrente, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.”<sup>222</sup>

Ora, está-se, novamente, negando aplicação da Súmula 473 do STF<sup>223</sup> e do inciso XXXV do art. 5º da Constituição<sup>224</sup>, uma vez que, segundo a decisão, não há nem que se falar em eventual restituição dos valores – muitas vezes arbitrariamente escolhidos pelo administrador público – pagos ao advogado a título de honorários, em razão de sua contraprestação laboral.

Enfim, entre decisões conflitantes, o Superior Tribunal de Justiça vem validando a aplicação do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados<sup>225</sup>, em confronto à obrigatória feitura do procedimento licitatório exigido pela Constituição.

### *3.6.3 Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Realizada a análise jurisprudencial da corte responsável por dar a correta interpretação da legislação infraconstitucional – Superior Tribunal de Justiça –, imprescindível a verificação do entendimento hodierno do Supremo Tribunal Federal acerca da consonância, à Constituição, do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados – afinal, é a Suprema Corte a responsável pela defesa do texto constitucional.

De forma contrária ao exposto neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal não julga haver afronta à Constituição na utilização do instituto da inexigibilidade de licitação, na espécie analisada.

<sup>222</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>223</sup> BRASIL. Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

<sup>224</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>225</sup> A saber: REsp 1285378/MG, REsp 1238466/SP, REsp 726.175/SP, REsp 1058261/RS, REsp 1113345/PB, REsp 1127969/RS, AgRg no REsp 1140386/SP e REsp 1038736/MG.

Além de julgar pela licitude do procedimento, entende-se que não há afronta direta à Constituição em eventual ilegalidade na contratação direta de particulares – seja em qual modalidade de dispensa licitatória for –, fato este que impediria sua atuação.

Segundo o STF, o descumprimento normativo licitatório enseja uma mera afronta indireta ao texto constitucional, por decorrer do desrespeito à lei infraconstitucional e, tão somente pela via reflexa, se verificar alguma infração à Carta Magna.

Por esta razão, não seria o STF a corte competente para sanar um vício normativo das licitações, uma vez que só deve ser instada quando se verificar afronta direta ao texto constitucional.

As decisões que – não obstante reconhecerem a violação apenas indireta à Constituição e, por sua vez, reconhecerem a ilegitimidade do STF de analisar os casos concretos – ainda sim adentram ao mérito do direito administrativo da licitação (apenas a título de *obiter dictum*), reconhecem a legalidade da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, oferecendo a mesma justificativa da doutrina, explanada – e refutada – ao longo deste trabalho. Observe-se algumas decisões nesse sentido:

“EMENTA Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia.

[...]

2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL.

3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico.

[...]

(Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em

29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)<sup>226</sup>

“EMENTA: I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia.

1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.

2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).

(HC 86198, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 17/04/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00058 EMENT VOL-02282-05 PP-01033)<sup>227</sup>

“EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação.

2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Inq 3.077/AL. Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: C.M.B.R. e Outros. Relator(a): Dias Toffoli. Brasília, 29 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2813001>>. Acesso em 20 mar. 2014.

<sup>227</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 86.198-9/PA. Primeira Turma. Paciente: Adyr Sebastião Ferreira e Outra. Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de junho de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469748>>. Acesso em 20 mar. 2014.

do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. (AP 348, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2006, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00030 EMENT VOL-02283-01 PP-00058 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 305-322)<sup>228</sup>

No entanto, conforme supraexposto, o entendimento do STF sobre licitação articula na direção de que o tribunal competente para verificar a licitude dos procedimentos licitatórios é o Superior Tribunal de Justiça, por ser norma infraconstitucional. A título demonstrativo, confira-se:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À INEXIGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NECESSIDADE DA ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(ARE 743901 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2013 PUBLIC 25-09-2013)<sup>229</sup>

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. NECESSIDADE DE REEXAME DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a decisão a quo. Eventual ofensa à Constituição seria meramente indireta, o que inviabiliza o recurso extraordinário.

<sup>228</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. AP 348-5/SC. Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan. Relator(a): Eros Grau. Brasília, 03 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474586>>. Acesso em 20 mar. 2014.

<sup>229</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 743901 AgR/SP. Segunda Turma. Agravante: Miguel Moubada Haddad. Agravado: Antônio Galdino. Relator(a): Carmen Lúcia. Brasília, 25 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4567455>>. Acesso em 19 mar. 2014.

[...]

(AI 748934 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013)”<sup>230</sup>

“EMENTA: I. Administração Pública: inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de advocacia com sociedade profissional de notória especialização (L. 8.666/93, art. 25, II e § 1º): o acórdão recorrido se cingiu ao exame da singularidade dos serviços contratados, que, à luz de normas infraconstitucionais e da avaliação das provas, entendeu provada: alegada violação do art. 37, caput e I, da Constituição Federal que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta, que não enseja reexame no recurso extraordinário: incidência da Súmula 279 e, mutatis mutandis, do princípio da Súmula 636. II. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento do tema do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, de resto, impertinente à decisão da causa, fundada em lei federal. (RE 466705, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 28-04-2006 PP-00023 EMENT VOL-02230-02 PP-01072 RTJ VOL-00201-01 PP-00376 LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 288-298)”<sup>231</sup>

No entanto, considera-se equivocado o entendimento do STF.

Primeiro porque a licitação tem seu núcleo garantido na Constituição, haja vista que a natureza programática da norma que vislumbra a licitação no texto constitucional não retira a sua impositividade e a exigência de o legislador derivado fazer uma regulação da matéria conforme a leitura sistêmica do texto constitucional exige.

Assim, qualquer incompatibilidade entre o procedimento licitatório e o texto constitucional enseja uma afronta direta à lei fundamental, devendo-se, portanto, ser interpretada como inconstitucional e não apenas ilegal. Como destaca Luis Roberto Barroso, a inconstitucionalidade será direta “quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional”<sup>232</sup>.

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 748934 AgR/RJ. Segunda Turma. Agravante: Unisys Brasil Ltda. Agravado: Ministério Público Federal. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Brasília, 10 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3952095>>. Acesso em 19 mar. 2014.

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 466.705-3/SP. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Advocacia Alberto Rollo S/C e Outro. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 28 de abril de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368526>>. Acesso em 19 mar. 2014.

<sup>232</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência / Luís Roberto Barroso. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 20-21.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, inclusive, menciona a licitação como um princípio constitucional<sup>233</sup>. Marçal Justen Filho também é unívoco ao explanar que a licitação não pode, de forma alguma, ser interpretada em desarmonia com a Carta Magna. Observe-se:

“O núcleo primordial da disciplina encontra-se na Constituição Federal, que consagra os princípios e normas fundamentais acerca da organização do Estado e do desenvolvimento da atividade da Administração. Em virtude do princípio da constitucionalidade (hierarquia das leis), a disciplina das licitações e contratos administrativos deve ser procurada primeiramente na Constituição. Mesmo que se recorra à legislação inferior, deve-se ter em vista a superioridade da Constituição.”<sup>234</sup>

A segunda razão para se concluir pelo equívoco do entendimento exarado pelo STF reside no fato de que a “lei exigida pela Constituição [...] não pode ser qualquer lei, mas lei compatível com a Constituição”<sup>235</sup>. Dessa forma, “a interpretação conforme à Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas sim como modalidade de decisão do controle de normas, equiparável a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”<sup>236</sup>.

Portanto, se o legislador constituinte situou o instituto da licitação em patamar constitucional, cabe, sempre, aos defensores do texto constitucional – no caso brasileiro, os ministros do STF – uma leitura do procedimento licitatório em conformidade com a Constituição.

Ora, não se pode deixar ao alvedrio dos demais julgadores a interpretação de norma emitentemente constitucional, sob pena de se prosperarem inúmeras antinomias no sistema jurídico, o qual deve manter sua unicidade.

O terceiro, e último, motivo para defender o desacerto da interpretação dada pelo STF consiste na leitura retrógrada do texto constitucional. Na hodierna interpretação normativa, conforme já salientado, percebe-se o alcance dos princípios a um patamar

<sup>233</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 699.

<sup>234</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 13.

<sup>235</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.532.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 1.519

normativo<sup>237</sup>. Portanto, a leitura do procedimento licitatório deve, necessariamente, respeitar uma interpretação conforme os princípios constitucionais.

O que se percebe é que o STF tem dado o seu veredicto baseando-se, unicamente, na força normativa das leis (consideradas em sentido estrito), ignorando a atual interpretação jurídica que confere aos princípios normatividade e, por conseguinte, coercitibilidade. No entanto, ressalva-se: o entendimento ainda sim estaria destoante da Constituição, mesmo considerando a normatividade do ordenamento jurídico formada apenas por leis em sentido estrito.

De fato, se se considerar que a normatividade constitucional advém apenas das literais normas constantes da Constituição, percebe-se uma diminuta apreciação, pelo legislador originário, da matéria licitatória, fato este que poderia dificultar o julgamento da atribuição de constitucionalidade à licitação.

No entanto, ao se interpretar a Constituição de forma sistemática, conclui-se, de forma unívoca, pela vontade emanada da Carta Magna de se conferir à licitação uma interpretação constitucional, cujo procedimento deve obedecer aos inúmeros princípios valorativos que norteiam a referida Constituição.

Porém, como dito, o Supremo Tribunal Federal assim não tem entendido. Marçal Justen Filho, ao criticar a excessiva discricionariedade conferida aos gestores públicos nos procedimentos licitatórios, arremata atribuindo responsabilidade, também, ao Poder Judiciário, que tem consentido com essa situação. Segundo o autor, o “nó da questão está no mau exercício de competências discricionárias. Essa situação é agravada pela recusa de órgãos de controle (especialmente o Judiciário) em exercitar controle mais efetivo das escolhas concretas realizadas pela Administração”<sup>238</sup>.

Dessa forma, é com olhos preocupantes que se enxerga a omissão do Supremo Tribunal Federal em considerar como infraconstitucional o debate licitatório, uma vez que suprime do debate jurídico aquelas pessoas que, além de dar o veredicto final a

---

<sup>237</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20.

<sup>238</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 149.

respeito da lisura do procedimento licitatório, são – ao menos em tese – as mais capacitadas para respeitar os ditames constitucionais.



## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o objetivo de demonstrar a inconstitucionalidade do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais notoriamente especializados por meio da leitura constitucional do programático art. 21, inciso XXI, da Constituição Federal<sup>239</sup>, afinal, a “exigibilidade da licitação tem ampla fundamentação constitucional”<sup>240</sup>.

Para tanto, delineou-se os princípios regentes do procedimento licitatório – haja vista que “todo o sistema de Direito Administrativo (...) se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”<sup>241</sup> – e se concluiu pela falibilidade dos argumentos justificadores da hipótese de contratação direta em comento.

Procurou-se refutar as inúmeras pseudorrazões utilizadas para justificar a contratação direta dos profissionais notórios e especializados. Dentre os vários argumentos delineados neste trabalho para comprovar a inconstitucionalidade do instituto, destacam-se os seguintes:

a) Não há uma impossibilidade de concorrência – e, conseqüentemente, de licitação. Há, em verdade, uma forjada ausência de competição tão só em virtude dos pressupostos eleitos para aferir essa concorrência, ora considerados como inconstitucionais, visto que contrários à interpretação sistemática e constitucional da licitação.

Dessa forma, cabe ao legislador derivado valer-se de critérios objetivos para aferir a qualificação dos profissionais – como contraditoriamente tem-se feito para distinguir os profissionais notoriamente especializados<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2014.

<sup>240</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47

<sup>241</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 57

<sup>242</sup> Ora, se se utiliza de critérios objetivos para distinguir os profissionais ditos notórios e justificar a sua contratação direta, por que não se utilizar desses critérios, dentro de um procedimento licitatório, para distinguir todos os profissionais que têm interesse em concorrer ao certame?

Houve, dessa forma, afronta ao princípio da isonomia, garantidor maior da republicana relação equânime da Administração Pública para com os particulares.

b) Há uma ilegítima utilização da unidade mais básica da Administração Pública – abstração jurídica denominada órgão – com o fulcro de conferir-lhe atributos pessoais das (fugazes) pessoas que a compõem.

No entanto, a confiança – utilizada como um dos argumentos suficientes para inexigir a licitação – não é uma característica que pode ser conferida ao órgão, que não se confunde com as pessoas que o compõem. Tais pessoas não podem imiscuir-se na estrutura de desconcentração administrativa do Estado e, furtivamente, tomarem decisões sob o véu da impessoalidade.

Ademais, a utilização da confiança transmite verdadeira insegurança jurídica aos administrados, os quais não têm meios para planejarem-se diante das escolhas feitas pela Administração Pública, uma vez que a confiança do administrador público não pode ser antevista, denotando a carência do critério diferenciador.

Por fim, percebe-se uma verdadeira inversão de valores constitucionalmente principiológicos ao se optar por contratar diretamente os serviços técnicos profissionais especializados – cujos critérios, aviltantemente subjetivos, são definidos discricionariamente pelo administrador público – em detrimento da feitura de licitação, uma vez que “interesse público não é o que cada um entende que seja, mas [tão somente] aquele previamente definido na Constituição ou na lei como tal”<sup>243</sup>. Destarte, o “o interesse público [sempre] prevalece sobre a atividade discricionária”<sup>244</sup>.

Verificou-se, assim, desrespeito ao princípio da impessoalidade, que visa despersonificar a Administração Pública para que haja um Estado de Direito, e não de pessoas.

c) A contratação direta dos profissionais é feita sem que o administrador público seja compelido a ter consciência do atualizado mercado de trabalho –

---

<sup>243</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 354.

<sup>244</sup> Ibidem.

justificadamente, haja vista os inúmeros profissionais que desaguam nele e se aperfeiçoam constantemente. Ocorre que não se pode admitir que uma escolha feita a partir de uma leitura parcial desse cenário será a melhor para o interesse público.

Ademais, constatou-se que ao não se proceder à licitação, também se está abdicando de um processo de competição que fatalmente elevaria a qualidade das ofertas e, de forma simultânea, diminuiria os gastos do erário<sup>245</sup>.

Ora, indubitável a violação ao princípio da eficiência – alçado ao patamar de princípio constitucional – uma vez que na imprescindível “análise [financeiro-orçamentária] da adequação da despesa ao atingimento da finalidade”<sup>246</sup> percebe-se uma relação prejudicial ao interesse público, uma vez que não há – ou, pelo menos, não é possível aferir – um “equilíbrio entre o montante destinado ao dispêndio e o resultado obtido”<sup>247</sup>.

Dessa forma, denotou-se que: i) poderá ser contratado um profissional que não se distinga técnica e notoriamente dos não escolhidos, ao menos não ao ponto de se afastar a hipótese da licitação; e ii) principalmente, o gasto público decorrente da contratação, sem dúvida, será desproporcionalmente desvantajoso à Administração Pública, pois demandará um alto valor pecuniário.

Há incontestável afronta ao macroprincípio da indisponibilidade do interesse público – que engloba a seleção de uma proposta mais vantajosa tendo-se por premissa a maior economicidade para o poder público – e, por sua vez, também ao princípio da eficiência.

d) A Administração Pública não tem por objetivo agradar os particulares com quem contrata. A sua competência, no âmbito das licitações, é a instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja, a de garantir a isonomia entre os administrados e conceder-lhes oportunidade de concorrência.

---

<sup>245</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 60.

<sup>246</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 127.

<sup>247</sup> Ibidem.

Destarte, não se afigura legítima a eleição da suposta falta de interesse dos notórios especialistas como critério autêntico para justificar a inoccorrência de licitação.

Há incontestado desrespeito ao princípio da moralidade da Administração Pública.

Como bem salientou Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “quando os órgãos de controle iniciam a análise pela caracterização do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição.”<sup>248</sup>

A respeito desses inúmeros descumprimentos constitucionalmente principiológicos, importante fazer alusão a Celso Antônio Bandeira de Mello, que explica a relevância de ditos princípios:

"Eis porque: 'violado um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.'"<sup>249</sup>

Constatadas referidas inconstitucionalidades, percebeu-se, mesmo que passados mais de vinte anos da proposição do Projeto de Lei nº 59/1992 da Câmara – que propôs objeções à contratação direta para serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização e expôs a alarmante situação ético-econômica brasileira da época – que o cenário nacional não parece ter se comovido o suficiente para adotar posturas capazes de alterar essa promíscua relação com os recursos públicos.

Observou-se, ainda, que os tribunais brasileiros têm interpretado pela constitucionalidade do instituto ora objurgado, utilizando-se dos mesmos argumentos expostos pela doutrina – já topicamente refutados –, posicionamento esse que tem propiciado a sensação de impunidade em face das ações desmoralizantes oriundas do instituto da inexigibilidade em estudo.

---

<sup>248</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 604.

<sup>249</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 57 apud "Criação de secretarias municipais", RDP 15/284-286, 1971.

A título de contribuição acadêmica, salienta-se a notória inconstitucionalidade do instituto da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos prestados por profissionais de notória especialização, afinal, o “direito proíbe a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do administrador [e do legislador derivado]”<sup>250</sup>.

Referida conclusão, alcançada por meio de plausíveis argumentos lançados ao longo deste trabalho, endossa a tese de que a permanência do instituto da inexigibilidade de licitação na modalidade em comento tem, sobretudo, o condão de reforçar os resistentes laços de compadrio atuantes na República Federativa do Brasil, existentes desde o Brasil Império e ininterruptos com a – não revolucionária – Proclamação da República.

---

<sup>250</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 58-59

## REFERÊNCIAS

BARROS, Márcio dos Santos. *502 comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. PLC nº 59/92. Substitutivo proposto no Senado Federal ao projeto originário iniciado na Câmara dos Deputados. Relator(a): Senador Pedro Simon. Brasília, 16 de dezembro de 1992. Teor do projeto disponível apenas no arquivo do Senado Federal. Processo legislativo do PLC nº 59/92 disponível na internet.

Disponível em:

<[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=20800](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=20800)>. Acesso em 18 mar. 2014. (anexo A)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 5 maio 2013.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 5 maio 2013.

BRASIL. Súmula n. 39 do Tribunal de Contas da União, de 2011. Disponível em:

<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em: 7 dez. 2013.

BRASIL. Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 1969.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1192332/RS. Primeira Turma. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1377703/GO. Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon. Brasília, 03 de dezembro de 2013.

Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1247148&sReg=201103059875&sData=20140312&formato=PDF)>. Acesso em 14 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. AP 348-5/SC. Tribunal Pleno. Autor:

Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan. Relator(a): Eros Grau. Brasília, 03 de agosto de 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474586>>. Acesso em 20 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI 748934 AgR/RJ. Segunda Turma. Agravante: Unisys Brasil Ltda. Agravado: Ministério Público Federal. Relator(a): Ricardo Lewandowski. Brasília, 10 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3952095>>. Acesso em 19 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 743901 AgR/SP. Segunda Turma. Agravante: Miguel Moubada Haddad. Agravado: Antônio Galdino. Relator(a): Cármen Lúcia. Brasília, 25 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4567455>>. Acesso em 19 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 86.198-9/PA. Primeira Turma. Paciente: Adyr Sebastião Ferreira e Outra. Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de junho de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469748>>. Acesso em 20 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Inq 3.077/AL. Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: C.M.B.R. e Outros. Relator(a): Dias Toffoli. Brasília, 29 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2813001>>. Acesso em 20 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 466.705-3/SP. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Advocacia Alberto Rollo S/C e Outro. Relator(a): Sepúlveda Pertence. Brasília, 28 de abril de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368526>>. Acesso em 19 mar. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; Inexigibilidade de licitação; Comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão; Procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Conceito de Contrato Administrativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-7-AGOSTO-2006-WLADIMIR-ROCHA.pdf>> Acesso em: 13 jun. 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PUCCINELLI Júnior, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.



**ANEXO A**

**PROJETO DE LEI Nº 59/1992 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**